بسم الله الرحمن الرحيم

وزارة التعليـــــــــــم العالى

جـامعـــــــــــــة أم القرى

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

نموذج رقم (٨)

إجازة أطروحة علمية فى صيغتها النهائية بعد إجراء التعديلات

الاسم(رباعى):- يحيى حسين مساوى مبارك زكي كلية الشريعة والدراسات الإسلامية،قسم: الشريعة

الأطروحة مقدمة لنيل درجة:- الدكتوراه فى تخصص :- فرع الفقه والأصول الشرعية

عنوان الأطروحة: تحقيق ودراسة القسم التاسع من كتاب فتح العزيز في شرح الوجيز للإمام أبي القاسم الرافعي (٥٥٥-٦٢٣هـ) ويبدأ من النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان وكتاب النذور وأدب القضاء والدعاوى والبينات والعتق والتدبير والكتابة وعتق أمهات الأولاد.

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:-

فبناء على توصية اللجنة المكونة لمناقشة الأطروحة المذكورة أعلاه -والتى تمت مناقشتها بتاريخ:- ١٥/ ٢/ ١٤٢٠هـ بقبولها بعد إجراء التعديلات المطلوبة ، وحيث قد تم عمل اللازم ،فإن اللجنة توصى بإجازتها فى صيغتها النهائية المرفقة للدرجة العلمية المذكورة أعلاه .....

والله الموفق....

أعضاء اللجنة

المشرف	المناقش	المناقش
الاسم:د/ محمد عبده بن سعيد البيجاوي	الاسم:د/ يحيى أحمد الجردي	الاسم:د/ الشافعي عبد الرحمن
التوقيع:	التوقيع: ١٤٢٠/٢/١٩	التوقيع: .....

رئيس قسم الدراسات العليا الشرعية

الاسم:د/ عبدالله بن حمد الغطيمل

التوقيع: .....

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والأصول

تحقيق ودراسة القسم التاسع من كتاب

فتح العزيز في شرح الوجيز

للإمام أبي القاسم عبد الكريم الرافعي (٥٥٥ - ٦٢٣هـ)

ويبدأ من النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان وكتاب النذور وأدب القضاء والشهادات والدعاوى والبينات والعتق والتدبير، والكتابة وعتق أمهات الأولاد

رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه من
قسم الدراسات العليا الشرعية بجامعة أم القرى

إشراف
الأستاذ الدكتور/ محمد بن عبد القادر العروسي

إعداد الطالب/
يحيى حسين مساوى المباركي

المجلد الأول

١٤١٩هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص البحث:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام الأتمان على من لا نبي بعده وعلى آله وأصحابه ومن تبع هداه إلي يوم الدين وبعد:

فإن موضوع البحث هو: تحقيق ودراسة القسم التاسع من كتاب فتح العزيز في شرح الوجيز للإمام الرافعي ت/ ٦٢٣ هـ ويبدأ من أول النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان إلي آخر الكتاب.

وقد قسمت العمل في هذا البحث إلي مقدمة ، وقسمين ، قسم للدراسة وقسم للتحقيق.

أما المقدمة فهي معقودة لبيان أهمية البحث وأسباب اختياره.

وأما قسم الدراسة فقد اشتمل على ثلاثة فصول:

الفصل الأول: ترجمة موجزة للإمام الغزالي رحمه الله.

الفصل الثاني: ترجمة موجزة للإمام الرافعي رحمه الله.

الفصل الثالث: معقود لبيان الكتاب المحقق.

أما قسم التحقيق. فهو يشتمل على العناوين الآتية إجمالاً:

١ النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان.
٢. كتاب النذور.
٣ كتاب أدب القضاء.
٤ كتاب الشهادات.
٥ كتاب الدعاوى والبينات.
٦ كتاب العتق.
٧. كتاب التدبير.
٨. كتاب الكتابة.
٩. كتاب عتق أمهات الأولاد ، وهو آخر الكتاب.

عملي في هذا التحقيق كالآتي:

١. جمع عدد من النسخ واختيار أربع منها ، ورمزت لها بالحروف (أ ، ب ، ذ، ظ).
٢ إخراج النص سليماً قدر المستطاع ، على طريقة النص المختار.
٣. تنقية النص من الأقواس التي قد تشوش على القارئ وذلك بإعادة الساقط بين قوسين صغيرين في الهامش.
٤. وثقت الآراء الفقهية التي يشير إليها ، من مصادرها الأصلية.
٥. عزوت الآيات القرآنية بذكر اسم السورة ورقم الآية.

وخرجت الأحاديث والآثار مع بيان الحكم عليها من مصادرها الأصلية.

وهناك أعمال أخرى مذكورة في أول البحث.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه.

الطالب	المشرف	عميد كلية الشريعة
يحي حسين المباركي	أ.د. محمد العروسي	د. محمد العقلا

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهـــــداء

إلى والديَّ العزيزين ....

أهدي جهدي هذا ...

أهديه إلى والدي دعاءً وترحماً ...

وإلى والدتي الغالية صلة وبراً ...

راجياً المولى جلَّ في علاه أن يمتعني بحياتها، وأن يرزقني برها.

وأهديه إلى من له فضل عليَّ في التوجيه والتربية.

﴿ربنا اغفر لي ولوالديَّ وللمؤمنين يوم يقوم الحساب﴾

يحيى حسين المباركي

شكر خاص للطابع

إن إخراج رسالة علمية بشكلها المطبوع من الناحية الزمنية والشكلية أمرٌ يعود إلى جهود الناسخ من حيث فهم الرسالة وإدراك طبيعة تنظيمها وإخراجها.

وبما أن رسالتي جاءت إلى الناسخ تباعاً فقد احتاجت إلى خبرته، ورسوخ قدمه في طباعة الرسائل العلمية، وتعاونه.

وحيث إنَّ الناسخ قام بهذه المهمة الصعبة وهي طباعة أكثر من ألف وأربعمائة وخمسين صفحة في مدة لا تتجاوز الشهرين خير قيام، مع الإتقان ودقة التأمل، وفارغ الصبر.

أتوجه إليه بهذا الشكر الخاص راجياً الله له التوفيق والسداد.

يحيى حسين المباركي

المقدمة

وتشتمل على أهمية الموضوع وسبب اختياره، والخطة التي سِرت عليها.

بسم ا لله الرحمن الرحيم

المقدمة:

﴿الحمد لله الذي خلق السموات والأرض وجعل الظلمات والنور، ثم الذين كفروا بربهم يعدلون﴾[١].

أحمده حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، وأستعينه استعانة من لا حول له ولا قوة له إلا به، وأستهديه بهداه الذي لا يضل من أنعم به عليه، واستغفره، وأتوب إليه.

وأشهد إن لا إله إلا ا لله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله سيد المرسلين، وخاتم النبيين، صلى ا لله عليه وعلى آله وصحبه، وسلم تسليماً كثيراً، إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن مما منَّ ا لله به على هذه الأمة أن بعث فيها رسوله محمداً صلى ا لله عليه وسلم، وأنزل عليه القرآن الكريم الذي تكفل بحفظه بقوله﴿**إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون**﴾[٢]. وأمره بنشره، وعهد إليه ﷺ ببيانه، وشرح معانيه، وتقييد مطلقه، وتفصيل مجمله فقام ﷺ بهذه المهمة خير قيام – فدلنا على كل خير، ونهانا عن كل شر، وتركنا على المحجة البيضاء ليلها كنهارها، لا يزيغ عنها إلا هالك.

وندبنا إلى التفقهِ في الدين، وتحملِ الأمانة، والقيامِ بها، فقام الصحابة – رضوان ا لله عليهم – بذلك خيرّ قيام، ثم جاء من بعدهم التابعون وتابعوهم، إلى أن ظهرت الفتنُ، وكثرت الأحداثُ، وتجرأ الناسُ على الكذب في دين ا لله حباً لدنياهم، وطمعاً في الرفعة، والجاه، فقيَّض ا لله لدينه رجالاً في كل عصر كافحوا دونه، وقاموا

---

(١) سورة الأنعام، آية ١.

(٢) سورة الحجر، آية (٩).

بأمره[١]. ونشطوا في تجميعه، وتمحيصه، وتدوينه، وتحريره، خدمة لهذا الدين، وتيسيراً لتطبيق شرعه الذي جعله الله مسؤولية عظيمة، وأمانة جسيمة في أعناقهم ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ﴾[٢].

فنهضت كل طائفة بمسؤوليتها حيالَ هذا الدين، واتجهت كل جماعة نحوَ علمٍ من العلوم بتيسير من المولى جل جلاله. وتوالت جهودهم على مرِّ القرون، وتوسعت هذه الجهود واتجهت كلّها نحوَ خدمةِ شرع الله، وحصلت نهضةٌ واسعة، وثقافاتٌ كثيرةٌ دونت ملايين الكتب، وامتلأت الخزاناتُ بها، حتى إن الإنسانَ المطلعَ على تلك الكتبِ ليقفَ متعجباً أمام هذه الثروةِ الضخمةِ لفقهاء الإسلام، ويزدادَ فرحاً، وغبطةً بهذا التراث القيم الضخمِ رَغم ما لاقى من نكبات، وويلات، لحقت بالعالم الإسلامي.

ثم إن الله سبحانه وتعالى حفظ لنا من هذا الميراث جزءاً كبيراً، فكان لابد من استثمارِه، وإخراجِه، وكشفِ النقاب عنه، وتقديمِه للمكتبات، وطلابِ العلم، والباحثين[٣].

وكانت لدي رغبةٌ شديدةٌ في إخراج بعض هذه المخطوطات، دراسةً وتحقيقاً، فاهتديت بتوفيق الله تعالى وفضله، ثم بمشورة بعض أساتذة قسم الدراسات العليا، وبعضِ الزملاء. إلى تحقيق كتاب "فتح العزيز شرح الوجيز" وقد قامت هذه الجامعة المباركة. ممثلةً في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية. وطرحت هذا الكتابَ القيمَ للتحقيقِ والظهورِ – ولم يبقَ منه إلا الجزءُ التاسع والأخير – فسارعت في طلب المشاركةَ ونيلِ الشرف في انتسابي إلى تحقيقه، فتقدمت بطلب المشاركة في تحقيق القسم التاسع منه – حسب توزيع الكلية له.

---

(١) انظر: اعلام الموقعين ٩/١ و ١٢، ٢١. والمدخل الفقهي العام ١٦٧/١. بتصرف.

(٢) سورة آل عمران، من آية ١٨٧.

(٣) مقدمة الغاية القصوى ٩/١ – ١١.

والذي يبدأ من أول النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان وكتاب النذور وأدب القضاء والشهادات والدعاوي والبينات والعتق والتدبير، والكتابة وعتق أمهات الأولاد فتمت الموافقة "والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات".

سبب اختيار موضوع الدراسة

لقد كان لاختيار هذا الموضوع أسبابُه ودواعيه التي يمكن تلخيصها في عدة أمور.

١ - قيمة الكتاب العلمية. شكلاً، وموضوعاً. فهو غزير في مادته، حيث يعتبر موسوعةً فقهيةً شاملةً - لم يشرح كتابُ الوجيز بمثله، ولا يوجد في بابه من الكتب السابقات ولا المتأخرات نِدٌّ له، فعليه اعتماد المفتين، والحكام والدارسين، وفيه دقائقُ المذهب، وغوامضُه. مع حُسْن ترتيبه، وتنظيمه، والدقة، والتحري والعمق في مادته، ومصطلحاته، مع تحسين ذلك كله، بسلامة إسلوبه، ووضوح عبارته[1].

٢ - اعتماد المؤلف على مصادرَ أصيلةٍ في الأصول والفروع واللغة، وغير ذلك، وبخاصة كتبُ الإمام الشافعي وكتبُ أصحابه وتلاميذِ أصحابه المتقدمين.

٣ - مؤلفُ هذا الكتاب هو: أبو القاسم عبد الكريم الرافعي عمدة الشافعية في عصره، وناشرُ مذهبهم أصولاً وفروعاً في وقته، فقد كان له الفضل الأكبر في جمع شتات أصول الشافعية، وتقعيدها، وله الفضل أيضاً في تفصيل وتحقيق، وبيان مسائلَ الفقه الشافعي، ومصطلحاته. وكلُّ من جاء بعده فهم عيالٌ عليه - رحمه الله -.

٤ - إن إخراج هذا الكتاب، ونشرَه، وتقديمَه للطلاب والباحثين، لعلَّ فيه مساهمةً منّا في القيام ببعض الواجب، وخدمةً منا للعلم، وابتغاءً للأجر والمثوبة من الله تعالى.

---

(١) انظر: الروضة ١٢/٣١٥.

أقول: إن عالماً كالرافعي، وكتابه "... شرح الوجيز" أصبح القيام به والسعي لتحقيقه كي يخرج في ثوبه الجديد ويطبع وينشر، أمراً مهماً.

وبناء على ما قام به الزملاء الباحثون من دراسة وتحقيق. رأيت أن يكون بحثي لنيل درجة الدكتوراة فجاء عنوان البحث "تحقيق القسم التاسع من كتاب - فتح العزيز شرح الوجيز من النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان إلى آخر الكتاب.

خطة العمل في هذا التحقيق

إن خطة أي عمل تعني: إعطاء صورةٍ كاملةٍ عنه، تتضح فيها عناصرُهُ وخطوطُهُ الرئيسيةُ.

كما أن الخطة تعطي تصوراً شاملاً للموضوع، وتصوُّرُهُ ذهنياً قبل السير فيه.

لذلك تطلب مني العملُ في هذا التحقيقْ أن أجعله على مقدمة وقسمين: قسم للدراسة، وقسم للتحقيق.

أما المقدمة: فهي معقودة لبيان أهمية البحث، وسببِ اختيار الموضوع وخطةِ العملِ.

أما قسم الدراسة: فقد اشتمل على ثلاثةِ فصولٍ وهي:

الفصل الأول: وهو معقود لبيان حياة الإمام حجة الإسلام الغزالي: الشخصية والعلميةَ، وكتابِهِ – الوجيز – وفيه مطلبان.

المطلب الأول: لبيان حياته. وفيه ثمانية مباحث.

المبحث الأول: اسمه، ونسبته ولقبه، وكنيته.

المبحث الثاني: مولده ونشأته.

المبحث الثالث: رحلاته، والعلوم التي طلبها.

المبحث الرابع: صفاته وأخلاقه.

المبحث الخامس: مكانته العلمية وثناء العلماء عليه.

المبحث السادس: أشهر شيوخه وتلاميذه وأقرانه.

المبحث السابع: أشهر مصنفاته.

المبحث الثامن: وفاته.

المطلب الثاني: التعريف – بكتابه "الوجيز" وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: اسم الكتاب ونسبته إليه وأصله.

المبحث الثاني: أهميته.

المبحث الثالث: شروحه ومختصراته.

المبحث الرابع: منهجه ومصطلحاته فيه.

أما الفصل الثاني: فهو معقود لبيان حياة الإمام الرافعي الشخصية والعلمية وفيه تسعة مباحث وهي:

المبحث الأول: اسمه ونسبه، وكنيته ولقبه.

المبحث الثاني: ولادته ونشأته - رحمه الله -.

المبحث الثالث: صفاته وأخلاقه.

المبحث الرابع: رحلاته والعلوم التي طلبها.

المبحث الخامس: مكانته العلمية وثناء العلماء عليه.

المبحث السادس: أشهر شيوخه.

المبحث السابع: أشهر تلاميذه.

المبحث الثامن: مصنفاته.

المبحث التاسع: وفاته.

أما الفصل الثالث: فهو معقود لبيان الكتاب المحقق - فتح العزيز شرح الوجيز - ويشتمل علىتسعة مباحث:

المبحث الأول: عنوان الكتاب، ونسبته إلى مؤلفه.

المبحث الثاني: سبب تأليفه.

المبحث الثالث: منهج الإمام الرافعي في الكتاب.

المبحث الرابع: مصادر الكتاب.

المبحث الخامس: أهمية الكتاب ومنزلته العلمية.

المبحث السادس: شروح الكتاب ومختصراته ونحو ذلك.

المبحث السابع: تقويم الكتاب وبعض المآخذ عليه.

المبحث الثامن: في المصطلحات التي وردت فيه.

المبحث التاسع: في وصف النسخ التي اعتمدتها.

أما قسم التحقيق:

فقد تناولت فيه تحقيقَ القسمِ التاسعِ من كتاب "فتح العزيز شرح الوجيز".

وهو يبدأ من النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان حتى آخر الكتاب، ويشتمل على العناوين الآتية:

١ - النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان.

٢ - كتاب النذور.

٣ - كتاب أدب القضاء.

٤ - كتاب الشهادات.

٥ - كتاب الدعاوى والبينات.

٦ - كتاب العتق.

٧ - كتاب التدبير.

٨ - كتاب الكتابة.

٩ - كتاب عتق أمهات الأولاد - وهو آخر الكتاب.

اتبعت في تحقيق هذا القسم الخطوات الآتية:

١ - من أول يوم سجلت فيه الموضوع شمرت عن ساعد الجد، فجمعت عدداً من المخطوطات، وبعد تصويرها من المكتبات، وجمع بعض المراجع المطبوعة والمخطوطة التي لها علاقة بالقسم المحقق سواء كانت - في المذهب الشافعي أم كانت في المذاهب الأخرى، ولو من بعيد.

٢ - بعد الاطلاع على نسخ المخطوط، وسبرها اخترت منها أربع نسخ، ورمزت لها بالحروف (أ، ب، ز، ظ).

٣ - حاولت إخراج النص سليماً بمقارنة النسخ الأربع (أ، ب، ز ، ظ) واختيار النص الصحيح، دون الاعتماد على نسخة معينة متبعاً - منهج النص المختار - والذي يُلجأ إليه عند عدم توفر النسخة الأم، مثبتاً لتلك الفوارق في الهامش.

٤ - أكتفي من ألفاظ التمجيد والثناء بأحد الصيغ مثل: تعالى - عز وجل، تقدست أسماؤه - تعالى جده - وصلى الله عليه وسلم، رضي الله عنه - رحمه الله - وبالله التوفيق، قدس الله روحه، والله أعلم، حجة الإسلام - عليه السلام - ونحو ذلك ولا انظر إلى الفوارق.

٥ - التزمت بكتابة الرسالة حسب قواعد الإملاء الحديث، فكتبت الزكاة بالألف بدلاً عن "الزكوه، الحياة "الحيوة" ونحو ذلك.

٦ - اصطلحت في بيان السقط في الهامش على إعادة الساقط بين قوسين صغيرين على الشكل الآتي:

"الكلام" ليست في "أ ، ز" أي "الكلمة" أما حين يكون السقط أكثر من ثلاث كلمات فأكتفي بكلمة أو كلمتين من أولها.. وآخرها كالآتي:

"حلف لا يتكلم ... لا يحنث بالتهليل" ليست في ب. أو نحو ذلك.

والغرض من ذلك تنقية النص من الأقواس التي قد تشوش على القارئ. وهي طريقة مسلوكة في التحقيق.

٧ - وثقت الآراء الفقهية التي يشير إليها، ونسبتها إلى مصادرها وذلك بمراجعة كتب الفقه التي عنيت بآراء ذلك الإمام وإثبات صفحات المراجع في حالة الموافقة، وبيان الرأي الصحيح في حالة المخالفة معزواً إلى مصادره من الكتب المعتمدة إن وقفت عليه، وإن لم استطع الوقوف، وهذا قليل - تركت الإشارة إليه، وصححت النقل - إن كان غير صحيح، حسب جهدي.

٨ - عزوت الآيات القرآنية الكريمة، بذكر اسم السورة ورقم الآية مع الإحالة إلى كتب التفسير إن احتاجت إلى تعليق.

٩ - أما الأحاديث والآثار فقد خرجتها مع بيان حكمها من مصادرها الأصلية - معتمداً في ذلك على كتاب الحافظ ابن حجر "التلخيص الحبير" ولذلك اعتمدت على متابعته. فأحياناً: أذكر كلامه على الحديث أو الأثر، ثم أوثقها من المصادر التي عزا إليها مبيناً الكتاب والباب والجزء والصفحة ورقم الحديث إن وجد. و لم أدع من ذلك سوى المصادرِ التي لم تتوفر بين يدي حينئذ، أو التي لم أقف على الحديث فيها إلا إن ذكر أنه متفق عليه فأكتفي بذلك، أو أسهب في ذكر الطرق، فأكتفي ببعضها، ... ثم أختم متابعتي له بقولي: انظر: "التلخيص" - أو "تلخيص الحبير" - الجزء والصفحة.

١٠ - أضيف في التعليق زيادات الإمام النووي في الروضة، وتنبيهات غيره عند الحاجة، متبوعاً بذكر المصادر المعتمدة في المذهب.

١١ - ترجمت للأعلام الواردة ترجمة موجزة بذكر اسمه ثم ولادته إن وجد، وبعض مناقبه ثم وفاته ومصادر ترجمته.

١٢ - عَرَّفتُ بالكتب الواردة في القسم المحقق.

١٣ - شرحت الألفاظ الغريبة والمصطلحات الواردة.

١٤ - عرفت بالبلدان والأماكن والفرق والطوائف الواردة وتركت المشهور منها.

١٥ - جعلت نصَّ الوجيز مع عنوان المسائل باللون الأسود الداكن مع إضافة [الغزالي] في أول المتن بعد قال.

١٦ - أضفت لفظة [قال الرافعي] من أول الشرح مباشرة إعلاماً ببداية شرحه.

١٧ - الإمام الرافعي كثيراً ما يحيل على مسائل لها نظائر قد سبقت أو ستأتي، فإن كان ما أحال عليه موجوداً فيما أحققه أشرت إلى الصفحة وإن لم يكن موجوداً أحياناً أنقله باختصار وأحياناً أشير إلى موضعه مع ذكر المصادر.

١٨ - عندما أذكر في الهامش جملة من المصادر أو المراجع، فإنني أعني بذلك مواضع هذه المسألة أو القول أو الوجه.

وقد اجتهدت ما وسعني فيها حسب الأقدمية في التاريخ لا غير.

١٩ - إذا قلت قال الحافظ في التلخيص أي تلخيص الحبير.

٢٠ - قمت بوضع فهارس تفصيلية خدمة لما حققته وتسهيلاً على الباحثين وتشتمل:

فهارس الآيات القرآنية - والأحاديث النبوية - والآثار - والأعلام والمراجع - والموضوعات.

بعض الصعوبات التي واجهتني أثناء البحث وهي

١ - إعجام بعض الكلمات في كل النسخ، ومحوها من بعضها.

٢ - قلة الكتب المطبوعة التي ينقل عنها الإمام الرافعي وكذلك المخطوطة.

٣ - عزوه إلى المذاهب الأخرى وهو لا يعزو إلا إلى كتاب قديم، ككتب أبي حنيفة وصاحبيه والإمام مالك وهذا يتطلب وقتاً كبيراً.

٤ - ورود بعض الكلمات باللغة الفارسية.

وهذا تطلب مني جهداً في استبيان معاني هذه الألفاظ ممن يعرفون هذه اللغة.

وبعد فهذا جُهْدُ المقلِّ، فإن أكن وفقت فيه فذلك بفضل الله، وكرمه، وجوده عليَّ، وإن كانت الأخرى لا سمح الله - فمني ومن الشيطان وحسبي أني اجتهدت "ولكل مجتهد نصيب".

أسأل الله الكريم رب العرش العظيم، أن يتجاوز عن الزلل. ويوفقني لخدمة دينه، وأن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم كما أسأله أن يرحم والدينا ومشائخنا، ومن له الحقّ علينا، وكل من ساعدنا في إخراج أعمال هذا الكتاب، وأخص منهم، شيخنا الفاضل الأستاذ الدكتور محمد حسني إبراهيم سليم المشرف الأول ثم شيخنا الفاضل الأستاذ الدكتور/ محمد عبد القادر العروسي المشرف الثاني الذي أكمل هذا التحقيق الذي لم يأل جهداً في توجيهي وإرشادي إلى الصواب وتشجيعي بكلماته الحانية حتى خرج هذا العمل في ثوبه الجديد.

وأشكر الشيخين الفاضلين اللذين وكل إليهما مناقشة هذا التحقيق على استجابتهما لذلك، وعلى ما قاما به من توجيه وإرشاد لهذا العمل فجزاهما الله خير الجزاء على ذلك.

كما أشكر جامعة أم القرى ممثلة في كلية الشريعة والقائمين على قسم الدراسات العليا الشرعية، لما بذلوا ويبذلون من جهود طيبة خدمة للعلم وأهله، فجزاهم الله خيراً.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

الفصل الأول: وفيه مطلبان

المطلب الأول: حياة الإمام الغزالي

وفيه ثمانية مباحث:

المبحث الأول: اسمه ونسبته وكنيته ولقبه.

أما اسمه: فهو محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي أبوحامد الغزالي الإمام حجة الإسلام[١].

أما نسبته:

هناك قولان للمحققين في نسبته

الأول: يرى أنه ينسب إلى قرية من قرى "طوس"[٢] تدعى "غزالة" وعليه فتكون نسبته "الغزالي" بتخفيف الزاي - حتى أن الفيومي في "المصباح" نقل التخفيف وخطّأ من شدد[٣].

القول الثاني: ذهب إلى أن نسبته إلى "الغزّالي" بتشديد الزاي نسبة إلى "غَزّال" وهي نسبة أبيه وجده لأن صنعتهما كانت غزل الصوف فنسب إليها[٤].

أما كنيته:

فقد أجمع من ترجم له أن كنيته أبوحامد. و لم تكن له كنية غيرها.

---

(١) انظر: ترجمته في: سير أعلام النبلاء ٣٢٢/١٩، طبقات الشافعية للسبكي ١٠١/٤، وطبقات الشافعية للأسنوي ١١١/٢، والبداية والنهاية ١٧٤/١٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٩٣/١، وشذرات الذهب ١٠/٤، والأعلام ٢٢/٧.

(٢) "طوس" مدينة بينها وبين نيسابور عشرة فراسخ تشتمل على بلدتين. يقال لإحداهما "الطابران" والأخرى "بوقان".. وهي ثاني مدينة في خراسان بعد "نيسابور".
انظر: معجم البلدان ٥٠/٤، والمصباح ٣٨٠/١.

(٣) انظر: المصدر نفسه ٤٤٧/٢.

(٤) انظر: مصادر الترجمة مع مفتاح السعادة ٣٠٢/٢.

أما لقبه:

فهو يلقب بحجة الإسلام. لما منحه الله من الذكاء الخارق، والعلم النافع. سخره للدفاع عن الإسلام والمسلمين[1].

(١) انظر: مصادر الترجمة.

تنبيه: ويحسن التنبيه هنا إلى أن اقتصاري لترجمة الغزالي، والرافعي- رحمهما الله - بنبذة موجزة اكتفاء بعمل الزميل الباحث الأول وهو: د/ حمد بن سليمان الحبلين فقد استفدت من كتابته في ترجمة حجة الإسلام الغزالي - والإمام الرافعي. ورجعت إلى مراجعه، واستفدت من جهده فجزاه الله خيراً.

المبحث الثاني: في مولده ونشأته:

الكتب التي ترجمت للإمام الغزالي بينت أنه ولد سنة (٤٥٠هـ) في مدينة "طوس" التابعة لـ "خراسان"[(١)] وأنه نشأ في أسرة متوسطة الحال.

حكى السبكي في "طبقاته" أن أباه كان فقيراً صالحاً، لا يأكل إلا من كسب يده في عمل غزل الصوف، ويطوف على المتفقهة، ويجالسهم، ويجد في الإحسان إليهم والنفقة بما يمكنه، وأنه كان إذا سمع كلامهم بكى، وتضرع وسأل الله أن يرزقه ابناً ويجعله فقيهاً، ويحضر مجالس الوعظ... فاستجاب الله دعوته"[(٢)].

ثم إن والده أوصى به وبأخٍ له قبل موته إلى صديق صالح متصوف أن ينفق عليهما جميع ما خلَّف من تركة.

وبعد موت الأب الصالح نفَّذ الوصي تلك الوصية فأنفق عليهما حتى انتهى ما خلفه أبوهما، ثم طلب منهما الإلتحاق بمدرسة هناك ليحصل لهما ما يكفل حاجتهما من المأكل والمشرب والملبس والمبيت. ففعلا ذلك فكان هو السبب بتوفيق الله في سعادتهما - وكان يقول: "طلبنا العلم لغير الله فأبى إلا أن يكون لله".[(٣)]

---

(١) انظر: المصادر السابقة للترجمة.

(٢) انظر: طبقات الشافعية للسبكي ١٠٢/٤.

(٣) م: المصدر نفسه

المبحث الثالث: رحلاته لطلب العلم والعلوم التي طلبها.

إن الناظر في كتب التراجم التي ترجمت للإمام الغزالي يلاحظ أنها ذكرت: أنه في صباه قرأ الفقه ببلدة ولادته "طوس" ثم سافر إلى "جُرْجَان"[١] فتعلم بها على يدي بعض علمائها، ثم رجع إلى "طوس" من رحلته وبعد ذلك جلس مشتغلاً بالعلم ببلدة مدة تصل إلى ثلاثين سنة حتى حفظ علوماً شتى.

ثم رحل إلى "نيسابور" ، وهناك لازم إمام الحرمين وجدَّ واجتهد حتى برع في المذهب والخلاف والجدل والمنطق وغيرها. حتى صار مساعداً للإمام وبعد وفاة الإمام درس بالمدرسة النظامية في بغداد... حتى صار إماماً للعراق.. ثم بعد ذلك سافر إلى مكة ماراً بدمشق الشام ثم بيت المقدس، وبعد أداء الحج والعمرة عاد إلى دمشق ثانية مكث بها عشر سنوات ثم سافر إلى مصر متجولاً في مدنها مدة عاد إلى بلده "طوس" ودرس نظامية نيسابور سنة ثم عاد إلى بيته وجعل جواره مدرسة لطلب العلم حتى مات رحمه الله[٢].

---

(١) "جُرْجان" بضم أوله وآخره نون. تقع في الإقليم الخامس. وهي مدينة عظيمة مشهورة بين "طبرستان" و "خرسان". بدولة إيران.
انظر: معجم البلدان ١١٩/٢.

(٢) انظر: مصادر الترجمة.

المبحث الرابع: صفاته وأخلاقه.

إن الناظر في كتب التراجم التي ترجمت للإمام الغزالي يلاحظ أنهم ذكروا له الشيء الكثير من صفاته العلمية والخلقية، كيف لا وصاحب هذه الصفات هو حجة الإسلام أبوحامد الغزالي صاحب المكانة العالية والشهرة العلمية والفضل الكبير، إذاً، إن مثل هذه الصفات والأخلاق التي أثبتها أصحاب التراجم لَتَرْسُمَ لنا صورة، نحن الذين لم نعاصره وتعتبر من مكارم الأخلاق له رحمه الله. وهذه نماذج منها:

ينقل لنا السبكي في طبقاته ما وصله من صفات للغزالي فيقول: "جاء والناس إلى رد فرية الفلاسفة أحوج من الظلماء لمصابيح السماء، وأفقر من الجدباء إلى قطرات الماء فلم يزل يناضل عن الدين الحنيفي بحلاوة مقاله، ويحمي حوزة الدين ولا يلطخ بدم المعتدين حد نصاله حتى أصبح الدين وثيق العرى وتكشفت غياهب الشبهات وما كانت إلا حديثاً يفترى هذا مع ورعٍ طوى عليه ضميره، وخلوة لم يتخذ فيها غير الطاعة سميره... ترك الدنيا وراء ظهره وأقبل على الله يعامله في سره وجهره"[(١)].

ثم نجده يقول عنه مرة أخرى "فكان أفقه أقرانه وإمام أهل زمانه وفارس ميدانه كلمته شهد بها الموافق والمخالف، وأقر بحقها المعادي والمخالف"[(٢)].

ويقول عنه الأسنوي "... وظَّف أوقاته على وظائف الخير بحيث لا تمضي لحظة منها إلا في طاعة من التلاوة والتدريس، والنظر في الأحاديث ... وإدامة الصيام، والتهجد، ومجالسة أهل القلوب... إلى قوله "قد انفرد في ذلك العصر عن أعلام الزمان كما انفرد في الفصل فلم يترجم فيه معه في الأصل لإنسان"[(٣)].

---

(١) انظر: ٤/١٠٢.

(٢) انظر: المصدر نفسه.

(٣) انظر: طبقات الاسنوي ٢/١١٢.

ويقول عنه ابن قاضي شهبة "أخذ عن الإمام ولازمه حتى صار أنظر أهل زمانه وجلس للإقراء في حياة إمامه وصنف. وبعد وفاة الإمام حضر مجلس نظام الملك فأقبل عليه، وحلَّ منه محلاً عظيماً..."[١].

مما سبق يتضح لنا أن صفاته العلمية والخلقية كثيرة جداً وكفى بقول القائل:

"ماذا يقول الواصفون في وصفه

وصفاته جلت عن الحصر[٢]

(١) انظر: طبقات ابن قاضي شهبة ٢٩٣/١.

(٢) انظر: طبقات ابن قاضي شهبة ٢٩٣/١.

المبحث الخامس: مكانته العلمية، وثناء العلماء عليه

لقد أثبتت كتب التراجم وغيرها: أن حجة الإسلام الغزالي يُعدُّ من كبار علماء الشافعية، وأنه فريد عصره وأنه صنف، ونشر ووسع دائرة الفقه الشافعي بالدرس والتأليف.

وأنه طلب العلم في صباه، في حياة أبيه، ثم كرَّس الجهود بعد موت أبيه، حتى حقق بغية أبيه وأنه تنقل في البلاد لطلب العلم ثم عظم اسمه بعد ذلك، فدَّرس بمدرسة بغداد، حتى علا صِيته، وأصبح معظماً عند الدولة، وضرب به المثل، وشدت إليه الرحال. يقول السبكي "لم تر العيون مثله لساناً وبياناً ونطقاً وخاطراً وذكاءً وطبعاً، وصار أنظر أهل زمانه وأوحد أقرانه... وصار بعد إمامة خراسان، إمام العراق"[١].

ويقول الذهبي "... وفي الجملة ما رأى الرجل مثل نفسه"[٢].

وفي ختام الحديث عن مكانته العلمية، والمناصب التي تقلدها التي اقتطفت منها الشيء اليسير، أحب أن أختم هذا المبحث بكلام شيخه إمام الحرمين كما نقله السبكي "... الغزالي بحر مغرق...".

ثم نقل ... "الغزالي لا يعرف فضله إلا من بلغ أو كاد أن يبلغ الكمال في عقله"[٣].

---

(١) انظر: طبقات الشافعية ١٠٢/٤.

(٢) انظر: سير أعلام النبلاء ٣٢٢/١٩.

(٣) انظر: طبقات الشافعية ١٠٦/٤، ومفتاح السعادة ٣٠٢/٢

المبحث السادس: في أشهر شيوخه وتلاميذه وأقرانه.

فمن شيوخه: أستاذه بطوس أحمد بن محمد الراذكاني الطوسي[١]، ثم أستاذه في جرجان أبوالقاسم إسماعيل بن مسعدة الإسماعيلي[٢]، ثم أستاذه بنيسابور إمام الحرمين فأخذ من هؤلاء الفقه وأصوله وغيرهما، أما الحديث فأخذه عن أبي سهيل محمد بن أحمد الحفصي المروزي[٣]، والحاكم أبي الفتح نصر بن علي بن أحمد الحاكمي الطوسي[٤] وغيرهما، وأما التصوف فشيخه فيه هو الإمام أبو علي الفضل بن محمد علي الفارمذي[٥].

وأما تلامذته: فمنهم: أبو طاهر الشباك، إبراهيم بن المطهر الجرجاني[٦]، والقاضي أبونصر أحمد بن عبد الله بن عبد الرحمن الخمقري البهوني[٧]، ومحمد بن

---

(١) هو: أبوحامد، كان ممن قرأ الغزالي عليه، "وراذُكان"، قرية من قرى طوس (هكذا في الأسنوي ٢٨٧/١.

(٢) الإمام المفتي، الرئيس، ولد سنة ٤٠٧هـ، كان صدراً، معظماً، واعظاً، بليغاً، سمع أباه وعمه الفضل وغيرهما، وعنه: زاهر الشَّحّامي وأخوه وجيه وغيرُهما، ومات بجرجان سنة ٤٧٧هـ. (انظر: سير أعلام النبلاء ٥٦٤/١٨، شذرات الذهب ٣٥٤/٣).

(٣) الشيخ المسند، راوي صحيح البخاري عن أبي الهيثم الكشميهيني، وحدث به بمرو ونيسابور، وكان رجلاً مباركاً من العوام، ومات سنة ٤٦٥هـ . انظر سير أعلام النبلاء ٢٤٤/١٨، شذرات الذهب ٣٢٥/٣.

(٤) هو الفقيه المحدث "بالسنن" عن أبي علي الروذباري عن ابن داسة، أُحْضِر إلى نيسابور ليسمع منه، وروى عنه أبوالأسعد بن القشيري وصخر الطابراني وجماعة. انظر: سير أعلام النبلاء ٥١٩/١٨.

(٥) هو الإمام شيخ الصوفية، ولد سنة ٤٠٧هـ، سمع من أبي عبد الله بن باكويه، وأبي منصور عبد القاهر البغدادي وغيرهما، وروى عنه: عبد الغافر بن إسماعيل وأبو الخير جامع السقا وغيرهما، مات سنة ٤٧٧هـ. انظر سير أعلام النبلاء ٥٦٥/١٨، شذرات الذهب ٣٥٥/٧.

(٦) حضر دروس إمام الحرمين، وسافر مع الغزالي في رحلاته ثم رجع إلى جرجان ودرس بها وظهر له القبول، وبنيت له مدرسة، وأثنى عليه الإمام الغزالي، ومات شهيداً قتله أحد الباطنية سنة ٥١٣هـ (طبقات السبكي ٢٠٠/٤).

(٧) ولد سنة ٤٦٦هـ وتفقه على الغزالي بطوس، وسمع الحديث من آخرين، وكان إماماً فاضلاً مناظراً ومات سنة ٥٤٤هـ. طبقات السبكي ٣٨/٦.

عبد الله بن أحمد المعروف بالقاضي أبي بكر العربي المعافري الأشبيلي المالكي[١] وغيرهم.

ومن أقرانه المشهورين: إلكيا الهراسي[٢]، وأحمد بن محمد بن المظفر، الإمام أبو المظفر الخوافي[٣].

---

(١) هو العلامة الإمام الحافظ. المولود سنة ٤٦٨هـ، سمع من طراد بن محمد الزينبي وأبي عبد الله النعالي وغيرهما وحدث عنه: عبد الخالق بن أحمد اليوسفي، وأحمد بن خلف الأشبيلي القاضي وغيرهما، كان رئيساً محتشماً وافر الأموال، صاحب مصنفات كثيرة ومنها: "عارضة الأحوذي" و "كوكب الحديث والمسلسلات" وغيرهما، ومات سنة ٥٤٣هـ بفاس. انظر: سير أعلام النبلاء ١٩٧/٢٠، شذرات الذهب ١٤١/٤.

(٢) هو: علي بن محمد بن علي شمس الإسلام أبوالحسن الطبرستاني ولد سنة ٤٥٠، تفقه على إمام الحرمين وكان فصيحاً مليحاً مهيباً نبيلاً، قدم بغداد ودرس بالنظامية، وله مصنفات منها: "شفاء المسترشدين" وغيره ومات سنة ٥٠٤هـ (انظر: شذرات الذهب ٨/٤).

(٣) تفقه على أبي إبراهيم الضرير، وإمام الحرمين وغيرهما، ودرّس وولي القضاء بطوس، وكان ديناً ورعاً ناسكاً، وسمع الحديث من أبي صالح المؤذن وغيره ومات بطوس سنة ٥٠٠هـ. طبقات السبكي ٥٥/٤، شذرات الذهب ٤١٠/٣.

المبحث السابع: في مصنفاته:

صنف - رحمه الله - كتباً كثيرةً في مختلف الفنون وأهم كتاب اعتنى بجمع مؤلفاته هو ما قام به الدكتور عبد الرحمن بدوي في "مؤلفات الغزالي"[(١)] حيث ضمنه تفصيلاً بمؤلفاته وما نسب إليه فبلغ (٤٥٠) كتاباً ورسالة، منها ما هو مقطوع به أنها له، ومنها ما يدور الشك فيها أنه له، ومنها ما يرجح أنها ليست له وغيرها من الأقسام التي ذكرها.

وأذكر شيئاً منها: ففي الفقه:

١ - البسيط: وهو مختصر لنهاية المطلب لإمام الحرمين في فروع الفقه الشافعي مع تطرقه لمذاهب الأئمة الثلاثة[(٢)]، والكتاب مخطوط حسب علمي.

٢ - الوسيط: في الفروع أيضاً، وقد لخصه من "البسيط" مع زيادات، وشرحه جماعة من العلماء ذكرهم صاحب كشف الظنون (٢/٢٠٠٨)[(٣)] والكتاب مطبوع كاملاً[(٤)].

٣ - الوجيز: وسيأتي الحديث عنه.

٤ - خلاصة المختصر ونقاوة المعتصر: وهو خلاصة لمختصر المزني وهو أصغر تصانيفه في الفقه ويسمى أيضاً: "عنقود المختصر"[(٥)].

وفي الأصول:

ألف "المنخول" وهو أولها وهو مطبوع، و "شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل" مطبوع[(٦)]، و "تهذيب الأصول" وهو من المطولات في الأصول

(١) مطبوع بعناية المجلس الأعلى لرعاية الفنون بالقاهرة سنة ١٣٨٢هـ.

(٢) انظر: ابن قاضي شهبة ١/٢٩٣، كشف الظنون ١/٢٤٥، الأعلام ٧/٢٢.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) بتحقيق ودراسة الشيخ أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر - في دار السلام للطباعة.

(٥) انظر: السبكي ٤/١١٦، كشف الظنون ٢/١١٧٤، ١٦٣٦، ومفتاح السعادة ٢/٣٠٩

(٦) حققه الدكتور أحمد الكبيسي، وطبع في سنة ١٣٩٢هـ في بغداد في مطبعة الإرشاد.

كما أشـار إليـه هـو في المسـتصفى (٣١٨/٢)، و "المستصفى" وهـو كتـاب متـداول ومعروف.

وفي علم الخلاف:

له "مآخذ الخلاف" و "لباب النظر" ألفه بعد سابقه، و "تحصين المآخذ في علم الخلاف نقل عنه السبكي في طبقاته (١١٦/٤). و "المبـادئ والغايـات" وأشـار إليـه نفسه في المستصفى (٣/٢).

وله في غير هذه الأقسام الكثير من المؤلفات والرسائل المشهورة كإحياء علـوم الدين، وبداية الهداية في التصوف، وإلجام العوام عن علم الكـلام، وصنـف في المسـألة السريجية مصنفين وغيرُها الكثير[1].

---

(١) انظر: سير أعلام النبلاء ٣٢٣/١٩، ابن قاضي شهبة ٢٩٣/١، هدية العارفين ٧٩/٦، الأعلام ٢٢/٧.

المبحث الثامن: وفاته:

مات – رحمه الله – في يوم الاثنين الرابع عشر من شهر جمادي الآخرة سنة (٥٠٥هـ)[١].

وأما عن مكان وفاته، فيظهر من كتب التراجم أنه رحمه الله توفي ببلد إقامته "طُوُس".

قال الإسنوي "وكانت وفاته "بطوس" صبيحة يوم الاثنين رابع عشر جمادي الآخرة سنة خمس وخمسمائة، وعمره خمس وخمسون سنة"[٢]

---

(١) انظر: مراجع ترجمته.

(٢) طبقات الإسنوي ١١٣/٢ و"طُوسُ" بلد من أعمال نيسابور على مرحلتين. ذكره في المصباح المنير ٣٨٠/٢.

المطلب الثاني: في التعريف بكتاب الوجيز

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: اسم الكتاب وأصله:

قد ذكره الإمام الغزالي – رحمه الله – في مقدمته فقال: "أما بعد: فإني متحفك أيها السائل المتلطف، والحريص المتشوف بهذا الوجيز..."[١] وكذلك ذكره كثير من المترجمين بهذا الأسم ونسبوه إليه[٢].

أومأ الإمام الغزالي – رحمه الله – في مقدمته بأنه مختصر لـ "الوسيط" حيث قال: "... بعد أن مخضت لك فيه جملة الفقه فاستخرجت زبدته، وتصفحت تفاصيل الشرع فانتقيت صفوته وعمدته، وأوجزت لك المذهب البسيط الطويل" ومن المعلوم أن الوسيط مختصر للبسيط الذي هو أيضاً مختصر لكتاب شيخه إمام الحرمين "نهاية المطلب في رواية المذهب" وهو – أعني النهاية – خلاصة للفقه الشافعي اعتمد فيه إمام الحرمين على كتب الشافعي وكتب أصحابه كمختصر المزني والبويطي وغيرهما، وكتب أصحاب الوجوه مع ما أضاف إليه من زيادات فتح الله عليه بها معتمداً على كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام، فعصر الغزالي – رحمه الله – هذه السلسلة الفولاذية وصبّها في هذا القالب الوجيز.

المبحث الثاني: أهمية الكتاب

الوجيز أحد الكتب الخمسة التي عليها مدار الفقه الشافعي وهي "مختصر المزني، والمهذب، والتنبيه والوسيط، والوجيز" وسبب كونها أصول مذهب الإمام الشافعي ماقاله الإمام النووي بأن: "هذه الكتب الخمسة مشهورة بين أصحابنا، ويتداولونها أكثر تداول، وهي سائرة في كل الأمصار، مشهورة للخواص والمبتدئين في كل الأقطار"[٣].

---

(١) انظر: الوجيز ٣/١.

(٢) انظر: السبكي ١١٦/٤، وابن قاضي شهبة ٢٩٣/١، شذرات الذهب ١٢/٤.

(٣) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٣/١.

وكتابنا الوجيز اعتمد عليه الإمام الرافعي والنووي - عليهما رحمة الله - وهما العمدة في تحقيق المذهب والمرجع الصحيح للفقه الشافعي، سواء مباشرة أو غير مباشرة، فكتب الإمام النووي الفقهية خلاصة لكتب الإمام الرافعي، وهي خلاصة لكتب الغزالي، مع التحقيق والتدقيق وبعض الزيادات من بعضهم على بعض.

والوجيز مع ذلك كتاب فقهي مقارن يذكر آراء الأئمة الآخرين مع ترجيحه لكثير من الأقوال والوجوه داخل المذهب، وفيه الفروع الدقيقة والتخريجات العميقة مع تحرير محل النزاع وذكر مبنى الخلاف في كثير من الأماكن، وترتيبه بالكتب ثم الأبواب فالفصول والفوائد والتنبيهات ما جعله قمة شكلاً ومضموناً.

المبحث الثالث: شروحه ومختصراته:

سارع كثير من العلماء بخدمة هذا الكتاب فقاموا بشرحه والتعليق عليه أو اختصاره تسهيلاً لحفظه أو إيضاح غريبه، فمن هذه الشروح:

١ - شرح الوجيز، للإمام فخر الدين محمد بن عمر الرازي[(١)][(٢)].

٢ - شرح الوجيز، للقاضي سراج الدين أبي الثناء محمود بن أبي بكر الأرموي[(٣)][(٤)].

٣ - شرح الوجيز، لعماد الدين أبي حامد، محمد بن يونس الأربلي[(٥)].

---

(١) العلامة الكبير ذو الفنون، البكري الطبرستاني ولد سنة ٥٤٤هـ واشتغل على أبيه في طلب العلم، مات بهراة يوم عيد الفطر سنة ٦٠٦هـ، سير أعلام النبلاء ٥٠٠/٢١، شذرات الذهب ٢١/٥.

(٢) انظر: إتحاف السادة المتقين بشرح علوم الدين ٤٣/١.

(٣) ولد سنة ٥٩٤هـ وقرأ بالموصل على الكمال بن يونس وولي القضاء بقونية، صاحب التصانيف ومنها: "التحصيل في المحصول" و "لطائف الحكمة" وغيرهما، ومات سنة ٦٨٢هـ. الاسنوي ٨٠/١.

(٤) انظر: اتحاف السادة المتقين ٤٣/١.

(٥) شيخ الشافعية، الموصلي، تفقه بأبيه وببغداد على أبي المحاسن بن بندار وغيرهما، وكان ورعاً نزهاً شديد الوسواس، ومن تصانيفه: "المحيط" ومات في سنة ٦٠٨هـ، سير أعلام النبلاء ٤٩٨/٢١.

٤ - شرح الوجيز، للإمام أبي حامد، محمد بن إبراهيم السهيلي الجاجرمي[١]، في مجلدين[٢].

٥ - فتح العزيز شرح الوجيز، للإمام أبي القاسم الرافعي، كتابنا هذا.

٦ - شرح الوجيز، لتاج الدين عبد الرحيم بن محمد بن منعة الموصلي[٣].

ومن مختصراته:

١ - التعجيز في مختصر الوجيز، لتاج الدين عبد الرحيم الموصلي، ولهذا المختصر شروح كثيرة[٤].

٢ - الإبريز في تصحيح الوجيز، لسراج الدين، عمر بن محمد الزبيدي، توفي سنة ٨٨٧هـ[٥].

وفيما صُنِفَ في مشكلاته ونظمه:

١ - شرح مشكلات الوجيز والوسيط، لأبي الفتوح، أسعد بن محمود العجلي[٦].

٢ - ونظمه الشيخ الإمام عبد العزيز بن أحمد بن سعيد، المعروف بالديريني[٧]

---

(١) معين الدين، العلامة، مفتي نيسابور ومصنف "الكفاية"، تخرج به أئمة، ومات في رجب سنة ٦١٠هـ، سير أعلام النبلاء ٦٢/٢٢، شذرات الذهب ٥٦/٥.

(٢) المراجع السابقة، مع كشف الظنون ٢٠٩/١.

(٣) أبوالقاسم، المعروف بابن يونس الموصلي الشافعي ولد سنة ٥٩٨هـ بالموصل فقيه، محدث، حافظ، أصولي، من تصانيفه: "التعجيز في مختصر الوجيز" و "التنبيه في اختصار التنبيه" وغيرهما، مات سنة ٦٧١هـ، كشف الظنون ٤١٨/١، شذرات الذهب ٣٣٢/٥.

(٤) المراجع السابقة.

(٥) انظر: كشف الظنون ٢٠٠٤/٢.

(٦) الإمام العلامة، مفتي العجم، الفقيه الشافعي، الواعظ، ولد سنة ٥١٥هـ وسمع من فاطمة الجوزدانية وإسماعيل بن محمد بن الفضل وغيرهما، وحدث عنه أبو نزار اليمني وابن خليل وغيرهما، وله تصانيف منها: "تتمة التتمة"، ومات بأصبهان سنة ٦٠٠هـ. سير أعلام النبلاء ٤٠٢/٢١، شذرات الذهب ٣٤٤/٤.

(٧) نسبة إلى "ديرين" بلدة بغربية مصر، كان عالماً، صالحاً، سريع النظم، نظم "التنبيه" و "سيرة نبوية" وله "تفسير" في مجلدين، مات سنة ٦٩٧هـ. طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٨١/٢، شذرات الذهب ٤٥٠/٥.

ونظمه أيضاً موسى بن علي الرازي[١].

المبحث الرابع: منهج الغزالي في كتابه الوجيز:

اعتمد الإمام الغزالي في منهجه على الكتاب والسنة والإجماع والقياس، والتوفيق بين العقل والنقل واستنباط الأحكام الفقهية من جميع ذلك، ولقد أوضح عن منهجه في مقدمته[٢] بعبارة وجيزة سار عليها وامتثل تطبيقها وهي قوله: "وأدمجت جميع مسائله بأصولها وفروعها بألفاظ محررة لطيفة، في أوراق معدودة خفيفة، وعبيت فيها الفروع الشوارد، تحت معاقد القواعد، ونبهت فيها بالرموز على الكنوز، واكتفيت عن نقل المذاهب والوجوه البعيدة بنقل الظاهر من مذهب الإمام الشافعي المطلبي – رضي الله عنه – ثم عرفتك مذهب مالك وأبي حنيفة والمزني والوجوه البعيدة للأصحاب بالعلامات والرقوم المرسومة بالحمرة فوق الكلمات، فالميم علامة مالك، والحاء علامة أبي حنيفة، والزاي علامة المزني[٣]، فاستدل بإثبات هذه العلامات فوق الكلمات على مخالفتهم في تلك المسائل، وبالواو بالحمرة فوق الكلمة على وجه أو قول بعيد مخرج للأصحاب وبالنقط بين الكلمتين على الفصل بين المسألتين ... حاوياً لقواعد المذهب مع فروع غريبة خلا عن معظمها المجموعات البسيطة"[٤].

ولقد شرح مقدمة الوجيز بما فيها منهجه الإمام الرافعي – رحمه الله – في كتابه "التذنيب" وسأشير إلى ذلك عند ذكر هذا الكتاب من مؤلفاته إن شاء الله تعالى.

أما عن مصطلحاته فيه: فقد بنى عليها الإمام الرافعي – رحمه الله – كتابه هذا، وسأذكرها في موضعها منه بشيء من التفصيل هناك إن شاء الله.

---

(١) انظر: كشف الظنون ٢/٢٠٠٢ – ٢٠٠٤.

(٢) انظر: الوجيز ١/٣، ٤.

(٣) وألحق الألف علامة لأحمد رضي الله عنه.

(٤) انظر: الوجيز ١/٣، ٤.

الفصل الثاني: وفيه مطلبان

المطلب الأول: معقود لبيان حياة الإمام الرافعي

وفيه تسعة مباحث:

المبحث الأول: في اسمه ونسبه وكنيته ولقبه:

أما اسمه: فهو عبد الكريم بن محمد بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسن الرافعي القزويني الشافعي[١].

أما نسبته: فقد أجمعت كتب التراجم على أن نسبته الرافعي - بفتح الراء وسكون الألف وكسر الفاء والعين المهملة - نسبة إلى "رافعان" بلدة من بلاد "قزوين" قاله النووي رحمه الله تعالى.

وهي النسبة الأولى والمشهور بها[٢].

أما "القزويني"[٣] فهي نسبة إلى المدينة التي عاش فيها و لم يشتهر بها.

أما كنيته ولقبه:

فقد أجمعت كتب التراجم على أنه يكنى بأبي القاسم و لم يكنى بكنية غيرها.

وكذا لقبه المشهور "الرافعي" لم يلقب أحد بهذا غيره. رحمه الله تعالى[٤].

---

(١) انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء ٢٥٢/٢٢، وتهذيب الأسماء واللغات ٢٦٤/٢، وطبقات الشافعية للسبكي ١١٩/٥، والأسنوي ٢٨١/١ و ٢٨٢، وابن قاضي شهبة ٧٥/٢، وهداية العارفين ٦٠٩/٥، ومفتاح السعادة ٣١٩/٢.

(٢) راجع: تهذيب الأسماء واللغات ٢٦٤/٢، والسبكي ١١٩/٥.

(٣) "قَزْوين" بفتح أوله وإسكان ثانيه - مدينة مشهورة وهي في الإقليم الرابع تلي الجبل من بلاد العراق - غزاها المسلمون في خلافة عثمان - لما ولي البراء بن عازب الري سنة ٢٤هـ.
انظر: أخبار قزوين ٣٦/١ و ٥٦، معجم البلدان ٣٤٢/٤.

(٤) انظر: المصادر السابقة.

المبحث الثاني: مولده ونشأته:

ولد الإمام أبوالقاسم الرافعي في سنة خمس وخمسين وخمسمائة للهجرة[١] في "قزوين" كما يظهر لي من الكتب التي ترجمت له.

أما عن نشأته:

فالكتب التي ترجمت له قد بينت[٢] أنه قد تربى تربية دينية، ونشأ نشأة علمية، فاهتم منذ صغره بطلب العلم كيف لا وأبوه من أكابر علماء "قزوين"، مدرسها في جامعها سمع منه الحديث وهو صغير وتتلمذ على يديه، فلا شك أن هذا يعطينا دلالة واضحة على أنه طلب العلم منذ سن مبكرة.

والفضل في ذلك لله، ثم لتلك الأسرة التي نشأ فيها. ولها ما لها من مكانة علمية. وهذا زاد من قيمة هذا الإمام الفطن الذي كان العلم وحلقاته شغله الشاغل منذ نعومة أظافره.

المبحث الثالث: صفاته وأخلاقه.

إن الناظر إلى كتب التراجم التي ترجمت للإمام الرافعي يلاحظ أنها لم تذكر إلا الشيء اليسير من صفاته العلمية والخلقية، وإن كانت هذه الأخبار قليلة على من كان في مكانة الإمام الرافعي، وشهرته العلمية، وفضله.

إلا أن هذه الصفات والأخلاق اليسيرة التي ثبتت له على قلتها ترسم لنا صورة نحن الذّين لم نعاصره، وتعتبر من مكارم الأخلاق له - رحمه الله-.

ينقل لنا الإمام الذهبي ما وصله من صفات للرافعي:

فيقول: "هو شيخ الشافعية وعالم العجم والعرب ... الخ. ثم قال" وكان من العلماء العاملين يذكر عنه تعبُّد ونسك، وأحوال تواضع..."[٣].

---

(١) انظر: التدوين ٣٢٩/١ و ٣٣٤. وسير أعلام النبلاء ٢٥٢/٢٢.

(٢) انظر: مصادر الترجمة السابقة.

(٣) انظر: سير أعلام النبلاء ٢٥٢/٢٢.

ويقول النووي "الرافعي من الصالحين المتمكنين، كانت له كرامات ظاهرة"[١].

مما سبق وغيره يتضح لنا أن صفاته العلمية والخلقية كثيرة جداً، فقد كان على جانب كبير من العلم في أنواع العلوم وأنه ثقة فيما يحدث متصفاً بالعبادة والزهد والورع يزنه العلم ورزانة العقل - رحمه الله رحمة واسعة -.

المبحث الرابع: رحلاته لطلب العلم والعلوم التي طلبها واشتهر بها.

إن الناظر إلى كتب التراجم التي ترجمت للإمام الرافعي: يلاحظ أنه تربى تربية دينية، ونشأ نشأة علمية فاهتم منذ صغره بطلب العلم.

يدل على ذلك ما ذكره عن نفسه "كان والدي وافر الشفقة على أولاده معتنياً بشأنهم، مبالغاً في ضبطهم ... الخ. ثم قال "وقد عَلِقَ بحفظي في الصبا كثير مما يورده ويستعمله والدي واستيعابه مما يطول ذكره... وربما أحضرنا - الوالد - في الليالي الطويلة فنقرأ معه دوراً"[٢] وقال في موضع آخر "سمعت من أبي حضوراً في الثالثة سنة ٥٥٨هـ"[٣].

ومن ذلك وغيره يتضح لنا أن الإمام الرافعي لم يرحل خارج بلده لطلب العلم، كما هي عادة العلماء من سلفنا الصالح ولعل السبب في ذلك هو أن بلده كانت تجمع عدداً من العلماء على رأسهم والده - رحمه الله - فوجد مطلبه في العلم وإن كان قد رحل إلى - بغداد - وسمع بها وأخذ من كبار شيوخها، وكذلك دخل "همذان"، وسمع من كبار شيوخها وكذا رحل إلى الحجاز وسمع منه البعض[٤].

أما عن طلبه للعلم والعلوم التي اشتهر بها

---

(١) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢٦٤/٢. وانظر: طبقات السبكي ١١٩/٥، وطبقات الاسنوي ٢٨١/١، والبدر المنير ٤٧٥/١، وشذرات الذهب ١٠٩/٥.

(٢) انظر: التدوين ٣٨٠/١، ٤٠٤، ٤٠٧.

(٣) انظر: التدوين ١٦١/٢، وسير أعلام النبلاء ٢٠٥/٢.

(٤) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٤، وكشف الظنون ٢٠٥/١.

فكما قلنا: بأنه نشأ في بيت علم، وبلدة "قزوين" من بلاد العراق ملتقى العلم والعلماء في ذلك الزمان.

وأنه دخل - بغداد - "وهمذان" وسمع من بعض شيوخها وأنه طلب العلم في صباه، و لم يتجاوز الثالثة ثم واصل تعليمه، و لم يقتصر على فن من فنون العلم بل تعلم علوماً متنوعة، وكتابه "فتح العزيز..." دليل على ذلك، وأنه كان "متضلعاً من علوم الشريعة، تفسيراً وحديثاً وأصولاً، مترفعاً على أبناء جنسه في زمانه، نقلاً، وبحثاً وإرشاداً، وتحصيلاً، وأما الفقه فهو عمدة المحققين، وأستاذ المصنفين..."[١].

وإن دلَّ هذا على شيء فإنما يدل على اهتمامه بالعلم، وتدوينه، ونشره وأنه عمدة المفتين في زمانه - رحمه الله -.

المبحث الخامس: مكانته العلمية، وثناء العلماء عليه:

لقد أثبتت كتب التراجم وغيرها: أن الإمام الرافعي يعدُّ فريد عصره في علوم الشريعة، تفسيراً، وحديثاً، أصولها وفروعها، وأنه مجتهد زمانه في مذهب الشافعي وعمدة المحققين في التفسير، والفقه.

قال النووي: متبحر بالمذهب وعلوم كثيرة"[٢].

وقال السبكي: "كان متضلعاً من علوم الشريعة ... الخ.

ثم قال "مترفعاً على أبناء جنسه في زمانه نقلاً وإرشاداً وتحصيلاً، وأما الفقه فهو عمدة المحققين، وأستاذ المصنفين كأنما كان الفقه ميتاً فأحياه، وأنشره، الخ ثم قال "ينقل فيها أقوالاً ويخرج أوجهاً..."[٣].

ويقول ابن قاضي شهبة "إليه يرجع عامة الفقهاء من أصحابنا في هذه الأعصار في غالب الأقاليم والأمصار، ولقد برز فيه على كثير ممن تقدمه، وحاز

(١) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥، والأسنوي ٢٨١/١.
(٢) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢٦٤/٢.
(٣) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥.

قصب السبق فلا يُدرك شأوه إلا من وضع يديه حيث وضع قدمه"[١].

أما عن ثناء العلماء عليه: رحمه الله:

إن الذي ذكرناه عن مكانة الإمام الرافعي غيض من فيض، وإلا فله عدة مشاهد تدل على رجاحة عقله وقوة حفظه، وسرعة بديهته، وأنه فريد عصره، في العلوم الدينية، أصولها وفروعها - ومجتهد زمانه في مذهب الشافعي - رضي الله عنه-.

وفيما يلي أقوال بعض العلماء في المكانة التي وصل إليها وثنائهم عليه رحمه الله.

ابن الصلاح يقول: "أظن أني لم أر في بلاد العجم مثله"[٢].

قال السبكي: "لاشك في ذلك"[٣].

ويقول الذهبي: "كان من العلماء العاملين، يذكر عنه تعبُّدٌ ونسك وأحوال، تواضع. انتهت إليه معرفة المذهب"[٤].

وقال ابن الملقن: "وبهذه الكتب الثلاثة "شرح المسند"، و"الأمالي"، و"التهذيب" يعرف محل الإمام أبي القاسم الرافعي، من معرفة هذا العلم... المعرفة التامة... وقال أيضاً: "أنتهت إليه رئاسة مذهب الشافعي، ومعرفته بدقائقه في سائر البلاد"[٥].

ولعل في أقوال العلماء السابقة ما يدل بوضوح على المكانة المرموقة التي وصل إليها الإمام الرافعي في المذهب الشافعي.

---

(١) انظر: طبقات ابن قاضي شهبة ٧٥/٢.

(٢) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢٦٤/٢.

(٣) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥.

(٤) انظر: سير اعلام النبلاء ٢٥٣/٢٢.

(٥) انظر: البدر المنير ٤٧٠/١.

وفي ختام الحديث عن مكانته العلمية وثناء العلماء عليه التي اقتطفت منها الشيء اليسير أحب أن أختم هذا البحث بأبيات شعرية حسنة له، منوهة بعلمه ومعرفته بالشعر فنجده يقول في أبيات منها:

أقيما على باب الرحيم أقيما

ولا تنيا في ذكره فتهيما

وللنفحات الطيبات تعرضا

لعلكما تستنشقان نسيما

هو الرب من يقرع على الصدق بابه

يجده رؤوفاً بالعباد رحيماً[1]

وله في "الأمالي"

إن كنت في اليسر فاحمد من حباك به

فليس حقاً قضى لكنه الجود

أو كنت في العسر فأحمده كذلك إذ

ما فوق ذلك مصروف ومردود

وكيف ما دارت الأيام مُقبلةً

وغيرُ مقبلةٍ فالحمد محمود[2]

(١) انظر: الأبيات في طبقات الأسنوي ٢٨٢/١، والبدر المنير ٤٧٥/١، وشذرات الذهب ١٠٩/٥.

(٢) انظر: طبقات السبكي ١٢٢/٥، والبدر المنير ٤٧٤/١.

المبحث السادس: أشهر شيوخه:

أجمعت كتب التراجم أن الإمام الرافعي نشأ نشأة علمية منذ صغره، وأنه عاش ببلدة "قزوين" من بلاد العراق. بلاد العلم وملتقى العلماء في ذلك الزمان، وأنه قد عاش ملازماً لأبيه ملازمة شديدة حتى قال بعض من ترجم له "لا أعلم أحداً تفقه عليه غيره"(١).

وهنا نذكر أشهر شيوخه – مع ترجمة موجزة لهم. لأننا لو أردنا التفصيل في بيان حال شيوخه لاحتاج ذلك إلى بسط وتفصيل – خاصة وأن الكثير منهم ممن عمت شهرتهم في الآفاق وهاهم. مرتبون حسب تاريخ الوفيات.

١ – شهرادار بن شيرويه بن فناخسروا – العالم، المحدث أبومنصور – كان حافظاً عارفاً بالحديث، وكان من شيوخ الرافعي، توفي سنة ٥٥٨هـ(٢).

٢ – طاهر بن محمد بن الحافظ محمد بن طاهر الشيباني الهمذاني. أبو زرعة، ولد بالري سنة ٤٨٠هـ، الصدوق – كان من شيوخ الرافعي وذلك بالإجازة الخاصة(٣) – مات سنة ٥٦٢هـ رحمه الله(٤).

٣ – محمد بن عبد الباقي بن أحمد بن سليمان البغدادي البطي أبوالفتح العالم الصدوق، ولد سنة ٤٧٧. كان من شيوخ الرافعي حيث سمع منه ببغداد مات سنة ٥٦٤هـ رحمه الله(٥).

٤ – أحمد بن حسنويه بن حاجي الزبيري، أبو سليمان. ولد سنة ٤٨٠هـ، إمام نسيب، فقيه، كان من شيوخ الرافعي حيث سمع منه الحديث، توفي سنة ٥٦٤هـ.(٦)

---

(١) انظر: البدر المنير ٤٦٢/١، وطبقات ابن قاضي شهبة ٩٥/٢.
(٢) انظر: ترجمته: سير أعلام النبلاء ٣٧٥/٢٠، وشذرات الذهب ١٨٢/٤.
(٣) انظر: طبقات الشافعية للسبكي ١٢٠/٥.
(٤) انظر: سير أعلام النبلاء ٥٠٣/٢٠ و ٥٠٤.
(٥) انظر: سير أعلام النبلاء ٤٨١/٢٠.
(٦) انظر: التدوين ١٦٠/٢ – ١٦٣، وطبقات السبكي ١٢٠/٥.

٥ - حامد بن محمود بن علي الماوراء النهر أبو نصر، الخطيب، إمام متقن، صنف علوماً شتى، كان من شيوخ الرافعي حيث سمع منه الحديث[١]، مات سنة ٥٦٦هـ[٢].

٦ - يحيى بن ثابت البقال الوكيل، أبوالقاسم الشيخ الجليل الدينوري الأصل، البغدادي، سمع عن جماعة وحدث عن جماعة كان من شيوخ الرافعي[٣]. توفي سنة ٥٦٦هـ[٤].

٧ - الحسن بن أحمد بن الحسن الهمذاني العطار أبوالعلاء الإمام الحافظ، العلامة شيخ الإسلام ولد سنة ٤٨٨هـ، كان حسن السيرة، له عدة مصنفات منها "زاد المسافر" وغيرُهُ كان من شيوخ الرافعي[٥] مات سنة ٥٦٩هـ[٦].

٨ - محمد بن أبي طالب الضرير، أبوبكر القزويني، شيخ ماهر في القرآن، عالم بالقراءات، سمع من خلق وكان من شيوخ الرافعي[٧] مات سنة ٥٧٤هـ[٨].

٩ - والد الرافعي وهو: محمد بن عبد الكريم الرافعي، أبوالفضل كان حسن السيرة، جاداً في العلم والعبادة عفيفاً، لا يأكل إلا طيباً، ولد بقزوين سنة ٥١٣هـ وتفقه على مشائخها وسافر في طلب العلم إلى الري وبغداد ونيسابور وغيرها. كان من أكابر شيوخ الرافعي. توفي سنة ٥٨٠هـ[٩].

---

(١) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥.

(٢) انظر: ترجمة التدوين ٤٦٧/٢.

(٣) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥.

(٤) انظر: سير أعلام النبلاء ٥٠٥/٢٠، وشذرات الذهب ٢١٨/٤.

(٥) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥.

(٦) انظر: سير أعلام النبلاء ٤٠/٢١.

(٧) انظر: طبقات السبكي ١٢٠/٥.

(٨) انظر: التدوين ٣٠٦/١ و ٣٠٧.

(٩) انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء ٩٧/٢١، والتدوين ٣٢٩/١ و ٤٢٢، وطبقات الاسنوي ٢٨٠/١.

١٠ - ورجب بن مذكور بن أرنب، الشيخ الأمي الأزجي - شيخ صحيح السماع عالي الرواية، سمع منه جماعة. كان شيخاً للرافعي مات سنة ٥٨٩هـ[١].

١١ - عبد الله بن أبي الفتوح بن عمران الفقيه، أبو حامد أحد أئمة قزوين، كان من شركاء الرافعي ببغداد ونيسابور. تفقه عليه جماعة منهم الإمام الرافعي، توفي سنة ٥٨٥هـ[٢].

١٢ - علي بن عبيد الله الحسن أبوالحسن الرازي الحافظ شيخ ريَّان ولد سنة ٥٠٥هـ، من علماء الحديث سماعاً وضبطاً وحفظاً وجمعاً، كان من شيوخ الإمام الرافعي، توفي سنة (٥٨٥هـ)[٣] رحمه الله.

١٣ - أحمد بن إسماعيل بن يوسف الطالقاني القزويني الشافعي أبوالخير، ولد بقزوين سنة ٥١٢هـ وتفقه بها على يدي مشائخها، كان إماماً في المذهب والأصول - وغيرهما. مات سنة ٥٩٠هـ[٤] رحمه الله.

وعند هذا الحد من شيوخ الإمام الرافعي نقف. وإلا فهناك عدد من شيوخه لم نعثر لهم على ترجمة. ولعل السبب هو أن الإمام الرافعي كان محدثاً ومفسراً، فأخذ علمه عنهم. فلم نجد لهم ترجمة عند أهل التراجم من الشافعية وغيرهم فعليه اكتفينا بما ذكر أعلاه.

ومن أراد الاطلاع على أسمائهم فلينظر إلى رسالة الزميل الفاضل د/ حمد الحبلين ٤١/١ و ٤٢ فجزاه الله خيراً.

---

(١) انظر: سير أعلام النبلاء ٢٢٩/٢١.

(٢) انظر ترجمته: التدوين ٢٣٣/٣ و ٢٣٤، وطبقات السبكي ١٢٠/٥.

(٣) انظر ترجمته: التدوين ٣٧٢/٣ - ٣٧٨.

(٤) انظر: سير أعلام النبلاء ١٩٠/٢١، والبدر المنير ٤٨٨/١ و ٤٨٩.

المبحث السابع: أشهر تلاميذه.

إن الناظر في كتب التراجم التي ترجمت للإمام الرافعي يلاحظ أنه قد حُظِيَ بعدد من التلاميذ الأجلاء بعضهم في الفقه وبعضهم في الأصول وبعضهم في الحديث.

والذي يمكن أن يقال: هو أن التعرف على كل تلاميذه الذين تلقوا العلم على يديه، وحصرهم يعتبر أمراً صعباً وعسيراً، فعالم كبير، كالإمام الرافعي يصعب أن يحصر تلاميذه، ونحن مع هذه الدراسة المختصرة نقتصر على ما ذكره السبكي في طبقاته حيث قال "روى عنه الحافظ عبد العظيم المنذري وغيره"(١). كولده عز الدين محمد عبد الكريم وابن أخته، أبوالثناء محمود بن أبي سعيد القزويني الطاووسي، وأبو الفتح عبد الهادي بن عبد الكريم القتيبي، وقاضي القضاة عماد الدين عبد الرحمن السكري وغيرهم(٢).

المبحث الثامن: مصنفات الإمام الرافعي:

يتضح من كلام جمهرة الذين ترجموا للإمام الرافعي أن له مصنفات عديدة في علم التفسير، والحديث، والأصول، والفقه – بل أنه صنّف رحمه الله في العقيدة إذاً فالإمام الرافعي لم يقتصر على فنٍ خاص من فنون العلم والمعرفة، بل تناول علوماً متنوعة.

وهنا أذكر أسماء هذه المصنفات مشيراً بالهامش إلى المراجع التي وجدت فيها وهي:

١ – "فتح العزيز شرح الوجيز"، أو "الشرح الكبير"(٣) وهو موضوع التحقيق

---

(١) هو: عبد العظيم بن عبد القوي بن عبد الله المنذري الحافظ أبومحمد شيخ الإسلام المحقق، الشامي الأصل، عالي الرواية، سمع من الرافعي بالموسم بالمدينة – توفي رحمه الله سنة ٦٥٦هـ.
انظر ترجمته: سير أعلام النبلاء ٣١٩/٢٣، وطبقات ابن قاضي شهبة ١٤٠/٢.

(٢) انظر المراجع السابقة والبدر المنير ٤٥٦/١.

(٣) انظر: سير أعلام النبلاء ٢٥٣/٢٢، وتهذيب الأسماء واللغات ٢٦٤/٢، وطبقات الشافعية للسبكي ١٢٠/٥، والأسنوي ٢٨١/١، وابن قاضي شهبة ٧٥/٢.

وسيأتي الكلام عنه.

٢ - "الشرح الصغير"[١] وهو شرح للوجيز، أصغر من "الشرح الكبير" وصنّفه بعده، وهو أوجز منه.

٣ - "المحرر"[٢]: وهو في الفروع، متن معتبر عند الشافعية، اختصره الإمام النووي في "منهاج الطالبين" يقوم بتحقيقه الطالب محمد عبد الرحيم سلطان العلماء بجامعة أم القرى.

٤ - "المحمود": وهو كتاب في الفقه - في غاية البسط، وأنه وصل فيه إلى أواسط الصلاة في ثمان مجلدات[٣].

٥ - "شرح مسند الشافعي" ابتدأ به في رجب سنة ٦١٢هـ وأسمعه سنة ٦١٩هـ[٤] وهو مخطوط وله صورة على شريط تصويري في مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى.

٦ - "الأمالي الشارحة على مفردات الفاتحة" وهو ثلاثون مجلساً أملاها أحاديث بأسانيده عن أشياخه على سورة الفاتحة[٥]

٧ - "التذنيب" في الفروع مجلد من فوائد ومعلقات الوجيز[٦].

٨ - "كتاب التدوين في ذكر أهل قزوين" وهو في فضائل قزوين وخصائصها وهو مطبوع في مجلدات أربعة - مطبوع بالهند بالمطبعة العزيزية (١٤٠٤هـ).

---

(١) انظر: البدر المنير ١/٤٦٨، وهداية العارفين ٥/٦١٠.

(٢) انظر: فهرس مخطوطات دار الكتب الظاهرية. فقه شافي ص ٢٥٣ رقم "٣٤٧/٢٢٨٢" فقه شافعي. وطبقات السبكي ٥/١٢٠.

(٣) انظر: المصدر السابق، ومفتاح السعادة ٢/٣٥٤.

(٤) انظر: طبقات السبكي ٥/١٢٠، وكشف الظنون ٢/١٦٨٣، مفتاح السعادة ٢/٣٢٠

(٥) انظر: سير أعلام النبلاء ٢٢/٢٥٣، وطبقات السبكي ٥/١٢٠، وكشف الظنون ١/١٦٤، وهداية العارفين ٥/٦٠١.

(٦) انظر: طبقات السبكي ٥/١٢٠، وكشف الظنون ١/٣٩٤، ومفتاح السعادة ٢/٣٢٠.

٩ - "الإيجاز في أخطار الحجاز" وهي أوراق يسيرة فيها المباحث والفوائد التي خطرت له في سفره إلى الحج[(١)].

١٠ - "القول الفصل في فضل أبي الفضل" وهو في ترجمة والده وشيخه في جزء من كتاب "التدوين"[(٢)].

١١ - "أربعون حديثاً مروية" ذكرها الذهبي في سير أعلام النبلاء[(٣)]. وا لله أعلم.

المبحث التاسع: في وفاته:

لا خلاف بين أصحاب التراجم والطبقات والمؤرخين على أن وفاته في مسقط رأسه وهي "قزوين".

وتكاد أن تجمع على السنة التي توفي فيها واختلفوا اختلافاً بسيطاً هل توفي في آخرها أو أولها.

فالذي أثبتوه أن مكان وفاته هو "قزوين" سنة (٦٢٣هـ)[(٤)] وعمره نحو ست وستين سنة، ودفن "بقزوين" رحمه ا لله رحمة واسعة وجميع المسلمين.

---

(١) انظر: التدوين ٣/١، وكشف الظنون ٢٠٥/١، وطبقات السبكي ١٢٠/٥، ومفتاح السعادة ٣٢٠/٢.

(٢) انظر: التدوين ٣٢٨/٣١ - ٤٢٢.

(٣) انظر: ٢٥٣/٢٢، والتدوين ٣٧٦/٣.

(٤) انظر: سير أعلام النبلاء ٢٥٤/٢٢، وتهذيب الأسماء واللغات ٢٦٤/٢، وطبقات السبكي ١٢٢/٥، والأسنوي ٢٨٢/١، وابن قاضي شهبة ٧٦/٢، وشذرات الذهب ١٠٩/٥.

الفصل الثالث

ويشتمل على المباحث الآتية:

المبحث الأول: اسم الكتاب، ونسبته إلى مؤلفه.

المبحث الثاني: سبب تأليفه.

المبحث الثالث: منهجه في الكتاب.

المبحث الرابع: مصادر الكتاب.

المبحث الخامس: أهمية ومنزلة الكتاب العلمية.

المبحث السادس: شروح ومختصرات وتخريج أحاديث كتاب الرافعي.

المبحث السابع: المصطلحات الفقهية في الكتاب.

المبحث الثامن: تقويم الكتاب.

المبحث التاسع: في نسخ الكتاب.

المبحث الأول: اسم الكتاب، ونسبته إلى مؤلفه.

إن الناظر في جميع النسخ المخطوطة، وكذلك أغلب من ترجم للإمام الرافعي يتضح له أن اسم الكتاب "العزيز شرح الوجيز"[(١)].

وهذا هو الذي نص عليه الرافعي في مقدمته حيث قال: "ولقبته بالعزيز في شرح الوجيز"[(٢)].

ولكن تورَّع بعض أهل العلم عن إطلاق لفظ العزيز مجرداً على غير كتاب الله. فقال: "الفتح العزيز في شرح الوجيز" أو "فتح العزيز في شرح الوجيز" أو "شرح الوجيز"[(٣)].

قال السبكي: "وقد تورع بعضهم ... فقال: العزيز في شرح الوجيز" ثم قال في موضع آخر "وكفاه بالفتح العزيز شرفاً"[(٤)]. وقال ابن الملقن "... الفتح العزيز في شرح الوجيز"[(٥)].

كل ما سبق يدلنا دلالة واضحة أن الكتاب قد اشتهر بـ "فتح العزيز شرح الوجيز" وبهذه التسمية عُرِفَ.

أما سبب تسميته: هو ما قاله بنفسه رحمه الله في مقدمة الكتاب: "وهو عزيز على المتخلِّفين بمعنىً، وعن المبرِّزين المنصفين بمعنى"[(٦)].

أما عن نسبته إلى مؤلفه: إن الكتب التي ترجمت للإمام الرافعي لم تختلف عن نسبة هذا الكتاب لمؤلفه.

---

(١) العزيز ١/٧٥، وانظر: طبقات ابن قاضي ٢/٧٥.

(٢) انظر: سير أعلام النبلاء ٢٢/٢٥٣، والبدر المنير ١/٣٠٩، وكشف الظنون ٢/٢٠٠٣.

(٣) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٦٤، والروضة ١/٥، وطبقات الاسنوي ١/٢٨١.

(٤) انظر: طبقاته ٥/١١٩.

(٥) البدر المنير ١/٣٠٩.

(٦) العزيز ١/٣.

وكذلك الذين ينقلون عنه أو يعزون إليه.

بل إن البعض كانوا يذكرونه بـ "صاحب فتح العزيز" أو "بصاحب الشرح الكبير"[١] لشهرته.

المبحث الثاني: سبب تأليفه

أما عن سبب تأليفه. فقد نصَّ عليه في مقدمته حيث قال: "... إن المبتدئين بتحصيل المذهب من أبناء الزمان قد تولعوا بكتاب الوجيز للإمام حجة الإسلام أبي حامد الغزالي – قدس الله روحه – وهو كتاب غزير الفوائد، جم العوائد، وله القدح المعلىَّ، والحظ الأوفى من استيفاء أقسام الحسن و الكمال، واستحقاق صرف الهمة إليه، والاعتناء بالإكباب عليه، والإقبال، والاختصاص، وإنه بصعوبة اللفظ، ودقة المعنى، لما فيه من حسن النظم، وصغر الحجم، وإنه من هذا الوجه محوجٌ إلى أحد أمرين:

إما مراجعة غيره من الكتب، وإما شرح يذلل صعابه.

ومعلوم أن المراجعة لا تتأتى لكل أحد، وفي كل وقت، وأنها لاتقوم مقام الشرح المغني لإيضاح الكتاب فدعاني ذلك إلى عمل شرح يوضح فقه مسائله فيوجهها، ويكشف عما انغلق من الألفاظ، ورق من المعاني، ليغتنمه الشارعون في ذلك الكتاب المخصصون بالطبع السليم ويعينهم على بُغيتهم، ويتنبه الذين غيره أولى منه لما ذهب عليهم من فقه الكتاب، ودقائقه، واستصعابه عليهم فينكشف لهم أنهم حرموا شيئاً كثيراً".

المبحث الثالث: منهجه في الكتاب

معرفة المنهج لأي مؤلِّف ضرورة حتمية لكل قاريء إذ تعطيه تصوراً كاملاً عن المؤلَّف، ومقدار الفائدة المرجوة منه:

---

(١) انظر: المصادر السابقة لترجمته، ولاسم الكتاب.

وقد بيَّن الإمام الرافعي منهجه في المقدمة التي سبقت في سبب تأليفه لهذا الكتاب، والهدف منه، وأشار إلى شيء من ذلك حيث نجده يقول "فدعاني ذلك إلى شرح يوضح فقه مسائله، فيوجهها ويكشف عما انغلق من الألفاظ، ودق المعاني... الخ.

ومن خلال دراسة القسم المحقق يمكن تلخيص منهج الإمام الرافعي بالخطوات الآتية.

أولاً: اعتمد في ترتيب كتابه على كتاب "الوجيز" في أبوابه وفصوله، ومسائله.

ثانياً: يورد كلام الغزالي - بنصه، مبتدئاً قبل إيراده بقال" أو "قال حجة الإسلام".

ثالثاً: بعد إيراد نص "الوجيز" إن كان الباب أو الفصل أو المسألة يحتاج إلى تمهيد، أو مقدمة أو تعليق، أو تعريف. لغوي وشرعي أو أدلة أتى بذلك، ثم يشرع فيما بعدها معنوناً أحياناً بفصل أو فصول أو مسائل، أو صور، أو أحوال، وهلمَّ جرى.

رابعاً: يحرص على تبيين الغامض من المسائل - ويترك الواضح كما ذكر ذلك في مقدمته، وإذا تكرر ذكر المسألة نبّه عليها، وقد يبين سبب ورودها. أو أحال على الموضع السابق.

خامساً: وقد ينقد على الغزالي، ويعترض عليه ويصحح مدعماً ذلك بالدليل والتعليل.

سادساً: إذا كانت المسألة محل خلاف، فإن ذكر الغزالي خلاف الأئمة برموزه أشار إليه في آخر المسألة. بقوله "ليعلم قوله ... بالحاء أو الميم ونحو ذلك".

وإن لم يذكرها الغزالي - نبّه على ذلك الخلاف، فيذكر أقوال الشافعي فيها، ثم ينقل ما في المذهب من وجوه أو طرق، ويختار الصحيح، وأحياناً يذكر دليلاً للمخالف.

سابعاً: قد يخرِّج على القول أو يفرع على القولين أو أحدهما ثم يذكر الطرق والآراء فيها، ومن قال بها من الأصحاب وغيرهم. مع التعليل إن احتاج ذلك.

ثامناً: الإمام الرافعي شديد الاحتراز في الأقوال فلا ينقل كلاماً عن أحد إلا إذا رآه، فإن لم يقف عبَّر بقوله: وعن فلان كذا.

تاسعاً: طريقته في الأدلة: أكثر ما يستدل به من المعقول، واستدلاله بالكتاب قليل ولا يأتي بذلك إلا عند بداية كتاب - "ككتاب الشهادات"، أما السنة والآثار، فعند استدلاله بها يذكر الحديث أو الأثر بنصه، أو يستشهد ببعضه، وقد يكون بمعناه بدون ذكر لراوي الحديث أو الحكم عليه بشيء.

عاشراً: طريقته في الترجيح: فهي غاية في الأدب وأساليبه توحي بذلك حيث يقول "الأصح" أو "الأصح عند الأكثرين" أو الأصح ما قاله فلان" ونحوها، وإذا مال للترجيح قال "وهذا أقرب" أو "الأحسن" أو "الأشبه" ونحو ذلك.

الحادي عشر: قد يفسر بعض العبارات الغريبة ويترك غيرها، لأنه منصب همُّه على إبراز الأحكام وتفريعاتها.

يأتي في آخر كل كتاب بفروع كثيرة ينقلها من كتاب "الأم والإملاء". أو من كتب أصحاب الوجوه كأن يقول "هذه فروع عن الأم" وهذه فروع "عن الاصطخري" أو "أبوسعد الهروي" أو "ابن الحداد" أو "الشيخ أبوعلي" أو قال القفال في فتاويه "أو القاضي حسين" ونحو ذلك.

في آخر الفصل يجمع رموز الغزالي، فقد يصوبها أحياناً، وقد يخطئوها، أو يفصل، أو يزيد، ويبين وجه المخالفة ويزيد أحياناً حرف الألف إشارة إلى مخالفة الإمام أحمد حيث سكت عنه.

المبحث الرابع: مصادر الكتاب

من المعلوم أن الإمام الرافعي قد سبقه عدد من الفقهاء النوابغ، وكان لبعضهم آثار علمية بارزة ومن العادة أن الخلف يتتلمذ على تراث السلف ويستفيد اللاحق من أعمال السابق.

وعلى هذا استفاد الإمام الرافعي في كتابه "العزيز في شرح الوجيز" من مصادر متنوعة.

ومن هذه المصادر

أولاً: كتب الإمام الشافعي. كالرسالة في الأصول وأحكام القرآن، والأم، والإملاء، وعيون المسائل والمبسوط، ومختصر المزني والبويطي وحرملة.

ثانياً: كتب الإمام الغزالي - كالوسيط، والبسيط والمستصفى - وإحياء علوم الدين -.

ثالثاً: كتب أصحاب الوجوه - وهي كثيرة جداً، لكن أكثر ما ينقل عن "التهذيب" للبغوي، "والفروق" و "عيون المسائل" للشيخ أبي محمد و "النهاية" للجويني و "الشامل" لابن الصباغ و "التتمة" للفوراني و "التجريد ابن كج" و "أمالي" أبوالفرج الزاز و "العُدَّة" لأبي المكارم. و"البيان" للعمراني، وغيرها كثير.

رابعاً: إنه لم يصرح بشيء مما نقله عن المذاهب الأخرى. مع كثرة ذكره لآرائهم، مما يشعر بأنه اطلع على كتب الأئمة، وأصحابهم، ونقل في مواضع عن أبي يوسف، ومحمد بن الحسن وغيرهما.

وكذلك نقل كثيراً من أقوال وآراء بعض الصحابة والتابعين ومن بعدهم.

وهذا يدل على أن الإمام الرافعي اطلع على كثير من كتب من سبقه. والله أعلم.

المبحث الخامس: أهمية الكتاب ومنزلته العلمية.

إن الناظر في كتاب "العزيز شرح الوجيز" يلاحظ أنه من أهم الكتب في فروع الشافعية، وأجمعها وأوسعها وأكثرها فائدة خاصة، ومن أهم الكتب في العلوم الشرعية عامة، بذل فيه الإمام الرافعي رحمه الله جهداً كبيراً جمع فيه ما اطلع عليه ممن سبقه، وأضاف إليها ما صاغه بنفسه فعرف العلماء الذين جاءوا من بعده أهميته، واستفادوا منه في حياتهم العلمية، ومؤلفاتهم.

وهذه جملة من عبارات أشهر أئمة الشافعية تبين أهمية الكتاب ومنزلته العلمية.

أولا: ابن الصلاح أبوعمرو يقول "صنف شرحاً للوجيز في بضعة عشر مجلداً لم يشرح الوجيز بمثله"(١).

وقال الاسنوي "شرح الوجيز لم يصنف في المذهب مثله"(٢).

وقال الإمام النووي "وكانت مصنفات أصحابنا – رحمهم الله – في نهاية من الكثرة، فصارت منتشرات مع ماهي عليه من الاختلاف في الاختيارات، فصار لا يحقق المذهب من أجل ذلك إلا أفراد من الموفقين الغوّاصين المطلعين، أصحاب الهمم العاليات فوفق الله – سبحانه وتعالى – من متأخري أصحابنا من جمع هذه الطرق المختلفات، ونقح المذهب أحسن تنقيح، وجمع منتشره بعبارات وجيزات، حوى جميع ما وقع له من الكتب المشهورات وهو الإمام الجليل المبرز المتضلع من علم المذهب أبوالقاسم الرافعي ذو التحقيقات، فأتى في كتابه "شرح الوجيز" بما لا كبير مزيد عليه من الاستيعاب مع الإيجاز والإتقان وإيضاح العبارات، فشكر الله الكريم له سعيه، وأعظم له المثوبات، وجمع بيننا وبينه مع أحبابنا في دار الكرامات مع أولي الدرجات"(٣).

ثم ختم الروضة بقوله "قد أحسن الإمام الرافعي فيما حققه ولخصه، وأتقنه واستوعبه في هذا الكتاب، ويسر الاحتواء على متفرقات المذهب، ونفاس خفاياه على المفتين والطلاب"(٤).

ولعل في أقوال العلماء السابقة مايدل بوضوح عالٍ على الأهمية والمكانة التي وصل إليها الرافعي وكتابه – العزيز – وكيف صار حصيلة علمية ينقل منه العلماء الجهابذة ويعزون إليه. في كثير من مؤلفاتهم. فجزاه الله خيراً وأعظم له المثوبة.

---

(١) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٦٤.

(٢) انظر: طبقات الاسنوي ١/٢٨١.

(٣) انظر: الروضة ١/٤ و ٥.

(٤) انظر: الروضة ١٢/٣١٥.

المبحث السادس: شروح الكتاب ومختصراته والكتب التي خرجت أحاديثه.

إن الناظر في كتب التراجم وكتب أصحاب المذهب الشافعي يلاحظ: أنه لم يَنَلْ كتاب من كتب الفقه الشافعي – فيما أعلم – بمثل ما ناله كتاب الرافعي – من القبول الكبير، والخدمة الجليلة قديماً وحديثاً.

فمنهم من شرح غامضه، ومنهم من اختصر مطوله، ومنهم من خرج أحاديثه، ومنهم من ترجم لأعلامه.

ولا غرابة في ذلك، فهو جدير بتلك العناية والاهتمام فمن مختصراته[١]

١ – اختصره – الشيخ الإمام إبراهيم بن عبد الوهاب الزنجاني (ت٦٥٥هـ) وسماه "نقاوة فتح العزيز" فرغ منه في شعبان سنة ٦٢٥هـ).

قال فيه بعد مدح الرافعي وشرحه: "ولكنه قد بسط فيه الكلام وكاد يفضي بالناظر فيه إلى الملال، فأردت اختصاره مع جواب ما أورده من السؤالات، والإشارة إلى حل إشكاله"[٢].

٢ – "روضة الطالبين وعمدة المفتين" للإمام النووي (ت٦٧٦هـ) قال رحمه الله "لكنه كبير الحجم، لا يقدر على تحصيله أكثر الناس في معظم الأوقات، فألهمني الله سبحانه – أن أختصره في قليل من المجلدات، فشرعت فيه قاصداً تسهيل الطريق..."[٣].

٣ – "مختصر شرح الرافعي لوجيز الغزالي" لمؤلفه عبد الله بن عبد الرحمن بن عقيل القرشي (ت٧٦٩هـ)[٤].

---

(١) من أراد الزيادة فعليه بمراجعة: كشف الظنون ٢/٢٠٠٢ و ٢٠٠٣، وفهرس المخطوطات دار الكتب الظاهرية، فقه شافعي ص ٩٧ برقم (٢٣٧٥/ ٤٥٦ /فقه شافعي)

(٢) انظر المصادر السابقة.

(٣) انظر ١/٥.

(٤) انظر كشف الظنون ٢/٢٠٠٣.

٤ - "تلخيص الرافعي الكبير" لمؤلفه عبد الرحيم الاسنوي (ت٧٧٢هـ)[١].

٥ - "التوسط والفتح بين الروضة والشرح" لمؤلفه الشيخ أحمد بن حمدان الأذرعي (ت٧٨٣هـ)[٢].

٦ - "تلخيص الفوائد المحضة على الرافعي والروضة" لمؤلفه صالح بن عمر بن رسلان العسقلاني الشافعي (٨٦٨هـ)

هذا عن بعض مختصراته:

وأما عن التعليقات والإشارات فكثيرة نقتصر منها على مايلي:

١ - "خادم الرافعي والروضة" لمؤلفه بدر الدين محمد الزركشي (ت٧٩٤هـ)[٣].

٢ - "الفوائد المحضة على الرافعي والروضة" لمؤلفه عمر بن رسلان البلقيني (ت٨٠٥هـ)[٤].

٣ - "المهمات على الروضة" للاسنوي[٥].

هذا عن بعض التعليقات على كتاب "فتح العزيز".

أما عن تخريج أحاديثه فمنها:

١ - "تخريج أحاديث الرافعي الكبير" لمؤلفه أحمد بن أيبك الدمياطي - (ت٧٤٩هـ)[٦].

٢ - "تخريج أحاديث الرافعي" لأبي عمر: عبد العزيز بن محمد بن جماعة (ت ٧٦٧هـ)[٧].

---

(١) انظر: طبقاته ٨/١.

(٢) الضوء اللامع ٣١٢/٣، وشذرات الذهب ٣٠٦/٧.

(٣) انظر: شذرات الذهب ٣٣٥/٦، وانظر كشف الظنون ٦٩٨/١.

(٤) انظر: كشف الظنون ١٩١٤/١.

(٥) انظر: طبقاته ٨/١ وكشف الظنون ١٩١٥/١.

(٦) انظر: الدرر الكامنة ١١٦/١، وتلخيص الحبير ٩/١.

(٧) انظر: شذرات الذهب ٢٠٨/٦، وكشف الظنون ٢٠٠٣/٢.

٣ - "تخريج أحاديث الرافعي" لأبي عبد الله محمد الزركشي (ت ٧٩٤هـ)[١].

٤ - "البدر المنير في تخريج أحاديث الشرح الكبير" لأبي حفص عمر بن علي الأنصاري. المشهور بابن الملقن - (ت ٨٠٤هـ)[٢].

٥ - "خلاصة البدر المنير" لابن الملقن[٣].

٦ - "التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير" لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)[٤].

٧ - "نشر العبير في تخريج أحاديث الشرح الكبير" للحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ)[٥].

أما عن شرح غرائبه.

فقد شرح كلماته الغريبة العلامة أحمد بن محمد الفيومي (ت٧٧٠) في كتابه "المصباح المنير في غريب الشرح الكبير" كتاب مشهور[٦]، والإمام النووي في كتابه "تهذيب الأسماء واللغات".

المبحث السابع: المصطلحات الفقهية في المذهب الشافعي

في "فتح العزيز شرح الوجيز" للإمام الرافعي ظهرت المصطلحات الفقهية الخاصة بالمذهب الشافعي، وهذه المصطلحات اتُفِق على جُلِّها في المذهب، وإن وجد من خالف في بعضها فلا ضير في ذلك، إذ لا مشاحة في الاصطلاح[٧].

---

(١) انظر: كشف الظنون ٢/٢٠٠٣، وتلخيص الحبير ١/٩.

(٢) انظر: المصدر نفسه.

(٣) انظر: المصدر نفسه.

(٤) انظر: تلخيص الحبير ١/٩، وكشف الظنون ٢/٢٠٠٣.

(٥) انظر: المصدر نفسه.

(٦) انظر: كشف الظنون ٢/٢٠٠٣.

(٧) فالإمام النووي - رحمه الله - التزم تخصيص (الأصح) للدلالة على الوجه المرجح، و (الأظهر) للدلالة على القول المختار، وعكس البيضاوي رحمه الله. (انظر شرح الجلال المحلي ١/١٠، والغاية القصوى ١/١٧٤).

ولقد استعملها الإمام الرافعي - رحمه الله - كغيره بشكل واضح ودقيق، وبيّن المراد ببعضها عند ورودها في الشرح، ومن المعلوم أن أبعاد هذه المصطلحات لم تتضح في وقت الإمام - رحمه الله - ولم تستقر مسمياتها كمصطلح مشهور متداول محدد المعنى، بل الذي أرسى هذا التمييز الدقيق بينها الإمام النووي رحمه الله.

قال في مغني المحتاج[١] "وهذا الاصطلاح لم يسبق إليه المصنف - النووي - أحد، وهو اصطلاح حسن" يعني في التمييز بين (الأظهر) و (الأصح). فمن القولين: الأظهر، ومن الوجهين: الأصح.

ولنتعرف على هذه المصطلحات في هذا الشرح وما تعنيه عند المؤلف:

ومن هذه المصطلحات قولهم:

١ - القديم والجديد.

قال النووي - رحمه الله -: "ثم قد يكون القولان قديمين، وقد يكونان جديدين، وقد يقولهما في وقت، وقد يقولهم في وقتين، وقد يرجح أحدهما وقد لا يرجح"[٢]، وعلى هذا:

فالقديم: هو ما قاله الإمام الشافعي - رضي الله عنه - قبل انتقاله إلى مصر سواء رجع عنه وهو الغالب، أو لم يرجع عنه وهو قليل، قال النووي - رحمه الله: "أطلقوا أن القديم مرجوع عنه، لكون غالبه كذلك"[٣].

والجديد: ما قاله بمصر تصنيفاً أو إفتاءً[٤]. وعلى ذلك: فكل مسألة فيها قولان: قديم وجديد، فالجديد هو الصحيح وعليه العمل - وكذا القديم إن عضده دليل صحيح أو لم يرجع عنه، بمعنى أنه لم ينص في الجديد على خلافه - إلا مسائل

---

(١) انظر ١١/١ منه.

(٢) انظر: المجموع ٦٦/١.

(٣) المرجع السابق ٦٨/١. وأشهر رواة القول القديم: الإمام أحمد بن حنبل والزعفراني والكرابيسي وأبو ثور رضوان الله عليهم.

(٤) وأشهر رواته: البويطي، والمزني والربيع المرادي، ويونس بن عبد الأعلى رضوان الله عليهم.

استثناها بعض الأصحاب فرجحوا القديم على الجديد[١]، وهو اجتهاد منهم لظهور الدليل لهم.

وحيث قال الإمام الرافعي - رحمه الله - الجديد، فالقديم خلافه وبالعكس.

٢ - النص: ويراد به نص الشافعي - رضي الله عنه - في المسألة، ويكون في مقابلة وجه ضعيف أو قول مخرج[٢].

وإذا قال: في المسألة قولان بالنقل والتخريج فمعناه: أن يكون لمسألة حكم نص عليه الشافعي - رضي الله عنه -، ولمسألة أخرى شبيهة بالأولى نص آخر يخالف حكم الأولى، فيخرج على ضوئها قول مخرج منها للمسألة الأولى فيكون لها قولان، قول منصوص عليه - وهو المراد بالنقل - وقول مخرج.

٣ - الوجوه: هي الآراء التي قال بها أصحاب الشافعي المنتسبون إلى مذهبه، يخرجونها على أصوله، ويستنبطونها من قواعده ويجتهدون في بعضها وإن لم يأخذوه من أصله، وهل هذا المخرَّج ينسب إلى الشافعي؟ قال النووي: "الأصح أنه لا ينسب"[٣].

٤ - الطرق: وهي اختلاف الأصحاب في حكاية المذهب، فيقول بعضهم مثلاً: في المسألة قولان أو وجهان، ويقول الآخر: لايجوز قولاً واحداً، أو وجهاً واحداً، أو يقول أحدهم: في المسألة تفصيل، ويقول الآخر: فيها خلاف مطلق، وقد يستعملون الوجهين في موضع الطريقين وعكسه[٤].

---

(١) واختلفوا في تحديدها: فقيل: هي ثلاثة مسائل، وقيل أربع عشرة مسألة، وقيل: سبع عشرة مسألة، وقيل: عشرون، وقيل: نحو نيف وثلاثين مسألة وذكر هذه المسائل النووي - رحمه الله - في المجموع ١/٦٦ - ٦٧.

(٢) وسمي نصاً؛ لأنه مرفوع القدر لتنصيص الشافعي - رضي الله عنه - عليه؛ أو لأنه مرفوع إليه، من نصصت الحديث إذا رفعته. ويطلق أيضاً على نص الآية، ونص الحديث، وهو عند الأصوليين: مادل على معنى لا يحتمل غيره، نهاية المحتاج ١/٥٠.

(٣) انظر: المجموع ١/٦٥، ٦٦.

(٤) المرجع السابق.

وقد يعبر الإمام الرافعي - رحمه الله - عن الطريق بقوله: "وهذا ما ذكره العراقيون" أو "الخراسانيون" (المراوزة) وهما: طريقتان اشتهرتا بين أصحاب الشافعية فالأولى: طريقة أهل العراق في القرن الرابع والخامس الهجريين بزعامة أبي حامد الإسفراييني رحمه الله والثانية: طريقة أهل خراسان بزعامة القفال المروزي رحمه الله. وأول من جمع بين هاتين الطريقتين أبوعلي السنجي[١] - رحمه الله - تلميذ القفال الشاشي الكبير؛ لأنه درس على الشيخ أبي حامد الإسفراييني.

وعلق الإمام النووي على هاتين الطريقتين بقوله: "واعلم أن نقل أصحابنا العراقيين لنصوص الشافعي وقواعد مذهبه، ووجوه متقدمي أصحابنا أتقن وأثبت من نقل الخرسانيين غالباً، والخراسانيون أحسن تصرفاً وبحثاً وتفريعاً وترتيباً غالباً"[٢].

٥ - والأصح: يعني عند الإمام الرافعي - رحمه الله - الرأي الراجح سواء كان هذا الرأي قولاً للشافعي[٣] - رضي الله عنه - أو وجهاً من وجوه الأصحاب، وهو أيضاً يعني أن مقابلة صحيح غير أن ذلك أقوى منه.

٦ - والصحيح: هو الراجح بين الأقوال أو الوجوه، ويكون مقابله رأياً ضعيفاً أو فاسداً[٤].

٧ - والأظهر: هو القول أو الوجه الذي ظهر له رجحانه ويزيد ظهوراً على القول أو الوجه الآخر، ومقابله: الظاهر الذي يشاركه في الظهور، لكن الأظهر أشد في الرجحان.

٨ - والظاهر: هو الرأي الظاهر من حيث القوة والرجحان، ومقابله: يكون قولاً أو وجهاً غريباً.

---

(١) هو الحسين بن شعيب المروزي، الشيخ أبو علي السِّنجي. المتوفي (٤٢٧هـ). انظر: الاسنوي ٣٢٠/١.

(٢) المرجع السابق ٦٩/١، روضة الطالبين ١١٢/١١.

(٣) انظر: شرح الجلال ١٣/١.

(٤) انظر: المصدر السابق.

٩ - والمذهب: ويقصد به الراجح في حكاية مذهب الشافعي حينما يكون هناك أكثر من طريق في نقل المذهب.

١٠ - الأشهر: هو القول أو الوجه الذي يزيد شهرة على الآخر، لشهرة ناقله أو مكانته عن المنقول عنه، أو اتفاق الكل على أنه منقول منه، ومقابله: المشهور.

١١ - المشهور: هو القول أو الوجه الذي اشتهر، بحيث يكون مقابله رأياً غريباً[1].

١٢ - الأشبه: أي الحكم الأقوى شبهاً بالعلة، فيما إذا كان في المسألة حكمان مبنيان على قياسين، لكن العلة في أحدهما أقوى من الآخر.

١٣ - الأرجح: هو ما كان رجحانه أظهر من غيره، ومقابله: الراجح وهو الذي تعضد بأحد أسباب الترجيح[2].

١٤ - الأقرب: ويستعمله في الوجه الذي هو أقرب إلى نص الشافعي بالقياس إلى غيره.

١٥ - قيل ويقال: ويستعملها في الرأي الضعيف، وذلك لمقابلته قولاً قوياً أو صحيحاً.

وقال الإمام الرافعي - رحمه الله - في بعض مواضع من الكتاب: فإن عبروا بالفاء كقولهم فقيل: فالتصرف للأصحاب، وإن عبروا بالواو كقولهم وقيل: فهو إثبات طريقين.

١٦ - وفي قول: ويستعملها فيما لو كان فيه قولان: لكن الراجح خلافه[3].

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ٤٨/١.

(٢) انظر: المجموع ٦٨/١.

(٣) انظر: لما سبق: مغني المحتاج ١٢/١ - ١٤، نهاية المحتاج ٤٥/١ - ٥١، حاشيتي قليوبي وعميرة ١٢/١ - ١٤، القسم الدراسي من الغاية القصوى ١١٠/١ - ١٢٠، القسم الدراسي من الوسيط ٣٢٤/١ - ٢٤٠.

هذه هي الاصطلاحات التي ذكرها الإمام الرافعي - رحمه الله - وبنى عليها إيضاح الاختلاف في الحكم والتي ستأتي - إن شاء الله - في هذا القسم المحقق، وفيه أيضاً ورد ذكر بعض الأصحاب باختصار مما قد يلتبس بأسماء آخرين، أُبيِّن أهمها فيما يلي:

١ - إذا قال: (القاضي) فهو القاضي الحسين.

٢ - وإذا قال: (أبوحامد) فهو القاضي المروزي، وإلا فهو يقيد الإسفراييني بالشيخ. وأما الغزالي فإنه يعنيه بقوله: قال صاحب الكتاب أو قال حجة الإسلام، وأحياناً "المصنف".

٣ - وإذا قال: (أبوإسحاق) فهو المروزي، أما الشيرازي الفيروزآبادي فيقيده بصاحب المهذب.

٤ - وإذا قال: (القفال) فهو الصغير، وإن أراد الكبير محمد قال: القفال الشاشي وإن أراد صاحب الحلية شيخ الإسلام قيده بكتابه "المعتمد"، وأما القاسم بن القفال الكبير فيقيده بصاحب "التقريب"[1].

٥ - وإذا قال: (أبوالحسين) فهو ابن القطان[2].

٦ - وإذا قال: (قال الشيخان) فهما أبو علي وأبوحامد، وإن قيدهما بـ (شيخي المذهب) فهما: أبوحامد والقفال.

٧ - وأذا قال: (قال المحققون) ففسرهم في مغني المحتاج[3] بقوله: "الشيخ أبوحامد والقاضي أبوالطيب، والمحاملي، والجرجاني والعمراني".

٨ - وإذا قال: (الأصحاب) فهم نقلة المذهب عن الإمام الشافعي - رضي الله عنه - وقد ذكرت بعضهم في هامش التعريف بالقديم والجديد من قوليه.

---

(١) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢٨٢/٢، ٢٨٣، سير أعلام النبلاء ٢٨٤/١٦، ٢٨٥.

(٢) قال الإمام الرافعي - رحمه الله -"قال أبو الحسين بن القطان رحمه الله" ص ١٠٢١ وفي الروضة ٤٢/٧، قال النووي - رحمه الله -: "عن ابن القطان".

(٣) انظر: ١٣١/٣ منه.

٩ - وإذا قال: (الإمام) فهو إمام الحرمين.

١٠ - وإذا قال: (الشيخ أبومحمد) فهو والد إمام الحرمين عبد الله بن يوسف.

١١ - وإذا قال: (أبوالعباس) فهو ابن سريج.

١٢ - وإذا قال (أبوسعيد) فهو الإصطخري، أما الهروي فيقيده بها، وأما المتولي فهو أبوسعد.

١٣ - وأما (أبوالطيب) فمراده ثلاثة: أبوالطيب الطبري، وأبوالطيب بن سلمة وأبو الطيب الساوي، ويقيد الجميع.

١٤ - وإذا قال (صاحب العدة) فهو أبوالمكارم الطبري[١].

المبحث الثامن: تقويم الكتاب:

ما من كتاب يظهر للوجود إلا له مزايا تسجل له ومآخذ تسجل عليه، مهما بالغ المؤلف في التحرز منها، إذ العصمة لله ولكتابه، وكل كلام يؤخذ منه ويرد إلا ما صح لنا عن محمد ﷺ[٢].

وقديما قيل:

ما خطَّ كف امرىء شيئاً وراجعه

إلا وعنَّ له تبديل مافيه

وقال ذاك كذا أولى، وذاك كذا

وإن يكن هذا تسمو معانيه

وكتاب الإمام الرافعي هذا تميز بأمور عديدة، وسوف أتكلم عنها بإيجاز فيما يلي:

---

(١) تنبيه: النووي إذا أطلق (صاحب العدة) في زوائده فمراده "أبوعبد الله الحسين بن علي بن الحسين الروياني". انظر: طبقات الاسنوي ١٧٨/١، وطبقات ابن هداية الله ص ٢٠٩.

(٢) قال الحافظ ابن رجب الحنبلي (ت٧٩٥) في القواعد ص١ المقدمة "ويأبى الله العصمة لكتاب غير كتابه، والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرأ في كثير صوابه".

أولاً: إن كتاب "فتح العزيز" يُعدُّ مصدراً أصيلاً وموسوعة فقهية في فروع الشافعية لما لمؤلفه الباع الطويل، بالمذهب الشافعي، أصولاً وفروعاً[١].

ثانياً: الكتاب مصادره أصيله، وبخاصة ما ينقله عن الإمام الشافعي من كتبه "كالأم، والرسالة، والإملاء، وغيرها" وكذلك ما ينقله عن أصحابه وكبار الفقهاء من الآراء.

ثالثاً: يمتاز الكتاب بتدوين أكثر من قول عن الإمام الشافعي في المسألة الواحدة. وكذلك أوجه الأصحاب، وتخريجاتهم وبخاصة – إذا كانت تلك الأقوال عن الإمام، والأوجه والتخريجات عن الأصحاب – مختلفة.

رابعاً: لم يترك تلك الأقوال والأوجه كما دونها بل أخذ يرجح بعضها على بعض، ويبين أن الأخذ بهذا القول أو غيره مثلاً الأقرب بمذهب الشافعي.

ولعل مثل هذا يدلنا على فائدة تدوين الفقهاء للأقوال القديمة عن أئمتهم[٢]. وعلى دقة فهمه لما نقل عن الشافعي واستخراجه للحكم من تلك الأقوال. وهذه مهمة صعبة أيضاً، لا يقدر عليها إلا فحول ذلك الفن.

---

(١) ويقول ابن الملقن "... فإنه كتاب لم يصنف في المذهب على مثل اسلوبه، ولم يجمع أحد سلف كجمعه، في ترتيبه، وتنقيحه، وتهذيبه ومرجع فقهائنا في كل الأقطار اليوم في الفتوى، والتدريس، والتصنيف إليه، واعتمادهم في هذه الأمور عليه". البدر المنير ١/٣١٠.

(٢) يقول: العلامة عبد القادر بن بدران (ت١٣٤٦هـ) (... فما الفائدة في تدوين الفقهاء للأقوال القديمة عن أئمتهم؟ حتى ربما نقل عن أحدهم في المسألة الواحدة القولان والثلاثة كثيراً والأربعة ... ،... قيل: كان القياس أن لا تدون تلك الأقوال، وهو الأقرب إلى ضبط الشرع، إذ ما لا عمل عليه لا حاجة إليه، فتدوينه تعب محض، لكنها دونت لفائدة أخرى وهي: التنبيه على مدارك الأحكام، واختلاف القرائح، والآراء، وأن تلك الأقوال قد أدى إليها اجتهاد المجتهدين في وقت من الأوقات، وذلك مؤثر في تقريب الترقي إلى رتبة الاجتهاد المطلق، أو المقيد، فإن المتأخر إذا نظر إلى مأخذ المتقدمين نظر فيها، وقابل بينها، فاستخرج منها فوائد، وربما ظهر له من مجموعها ترجيح بعضها. وذلك من المطالب المهمة، فهذه فائدة تدوين الأقوال القديمة عن الأئمة، وهي عامة". انظر: المدخل ص ٣٨٠.

خامساً: يمتاز الكتاب بأنه موسوعة فقهية مقارنة، عني المؤلف فيه بنقل المذاهب الأخرى في كثير من مسائله، مع إيراد أدلتهم أحياناً والرد عليها أحياناً، وذكر الموافق لما اختاره أحياناً.

سادساً: التحرز من التعصب المذهبي وهذه الميزة برزت بشكل واضح لدى الإمام الرافعي في كثير من المسائل، وكما أوضح ذلك في منهجه[١].

سابعاً: إذا كانت المسألة ذات جوانب متعددة، حرر محل النزاع، وبينه، حتى يكون الكلام على جزئية معينة، لا إشكال فيها، ولا غموض.

ثامناً: إذا تشابهت المسائل والأدلة، فإنه لا يكرر ذلك - بل أنه أحياناً ينتقد على الغزالي ويوضح ذلك. ويحيل على نظائره السابقة[٢]. ويترك المسائل الواضحة.

تاسعاً: يمتاز كتاب الرافعي بتعريفه لكثير من المصطلحات التي يحتاج الفقيه إلى معرفتها في المذهب الشافعي.

هذا ما استطعت تلخيصه من مزاياه العديدة، والله أعلم.

مآخذ الكتاب:

الحقيقة أنه يصعب على باحث مثلي أن ينتقد أعمال الآخرين وبخاصة: إذا كان صاحب العمل فحلاً من الفحول في ذلك العمل - وما قدمناه من شهادات الأئمة عن مكانته العلمية غيض من فيض.

ولكن بعد تردد أقدمت على ذلك، وأنا لا أقصد بذلك الغض من فضله، ولا النقص من قدره، ولكن إحقاقاً للحق، وتنبيهاً للقارئ.

وسوف أتكلم بإيجاز وفي نقاط. وهي:

أولاً: إن الدارس لكتاب "فتح العزيز" يلاحظ أن الإمام الرافعي قد أورد به كثيراً من الأحاديث، والآثار، الضعيفة والموضوعة، وقد لا يوجد لها أصلٌ، ونحو

---

(١) انظر ص : ٤٢.

(٢) انظر ص: ٩٧٣.

ذلك من أصول الحديث وكذلك حذف الراوي إذ هو موضع الحاجة لطالب الحديث ورحم الله ابن الملقن فقد كان له قصب السبق في ذلك حيث نجده يقول: "لكنه أجزل الله مثوبته حشى في هذا الشرح المذكور على طريقة الفقهاء الخُلَّص، في ذكر الأحاديث الضعيفة، والموضوعات، والمنكرة، والواهيات، والتي لا تُعْرَفُ أصلاً في كتابٍ حديثٍ، لاقديم، ولا حديث، في معرض الاستدلال، من غير بيان ضعيف من صحيح، وسليم، من جريح ... ثم يقول: "... إن الإمام الرافعي في كثير من المواطن لا يذكر إلا نفس الحديث ويحذف الراوي، إذ هو موضع الحاجة، فلا يهتدي طالب الحديث إليه، لأنه لايعرف مظنته"(١).

وقال في موضع آخر:

"... إنه احتوى على آلاف من الأحاديث والآثار تنيف على أربعة آلاف يكررها، وقد بيناه في الكتاب المذكور على حسب أنواعها من الصحة والحسن والضعف، والاتصال والإرسال، والإعضال، والانقطاع، والقلب، والشذوذ والنكرة والتعليل والوضع والإدراج، والاختلاف، والناسخ والمنسوخ إلى غير ذلك من علومه الجمه، كضبط ألفاظٍ، وأسماءٍ، وتفسير غريبٍ، وإيضاح مشكل، وجمع متن، وأحاديث متعارضة، والجواب عنها..."(٢).

ومثل هذا المأخذ لم يقع للرافعي رحمه الله وحده، بل فعله كثير ممن ألَّفوا الكتب الفقهية، وكذا أصحاب التفاسير وغيرهم. ولعلَّ لهم العذر في ذلك.

ثانياً: الرافعي رحمه الله – ينقل عن المذاهب الأخرى – المعتمدة، المذهب الحنفي، والمالكي، والشافعي، والحنبلي – لكن هذا النقل يلاحظ عليه أحياناً أنه لم ينقله من كتبهم مباشرة، بل ينقله من كتب الشافعية – وعن أصحابها.

---

(١) انظر: البدر المنير ١/٣١٠و ٣١١.

(٢) انظر: خلاصة البدر المنير ١/٤ المقدمة.

مثال ذلك: "وحكى الصيدلاني عن أبي حنيفة أنها تصح - أي الكتابة - في حق الجميع وذكر أن أبا حنيفة ساعدنا على: أنه لو كان الأب حراً لم تصح كتابته لأولاده الصغار"(١).

وعن مالك وأحمد فيما رواه ابن الصباغ. وغير ذلك كثير.

ثالثاً: قد ينقل رأياً عن الحنفية. وهو موضع خلاف في المذهب ولم يشر إلى ذلك(٢).

رابعاً: الاسترسال، والتطويل الممل في بعض المسائل الحسابية(٣) على طريقة الجبر، والنسبة والتفريعات المنثورة، وغيرها وهذا من باب الرياضة العقلية التي لا تمس جوهر الفقه، وتعود على القاريء بالملل.

ولهذا أعرض عن ذكرها الإمام النووي في الروضة وغيره. هذا والله أعلم.

المبحث التاسع: في نسخ الكتاب

بعد البحث المتواصل في فهارس المخطوطات، وسؤال أهل الخبرة، وزملائي اللذين سبقوني تمكنت من الحصول على النسخ الآتية:

أولاً: النسخة الأزهرية:

وهي نسخة كاملة بالمكتبة الأزهرية بالقاهرة تحت رقم (٢٨٨٢) خصوصي (٤٨٣٦١) إمبابي عمومي - فقه شافعي تقع في أربعة أجزاء، وعدد السطور (٣١) سطراً - وهي منسوخة بخط رقعة رقيق جداً. ورقها جيد. لم يوجد بها، كاتب، ولا ناسخ وقد صورتها من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة من الشريط التصويري رقم (٢٥١٥).

وهذه النسخة تقع في (٣٠٧) ورقة، كما هي مرقمة من ص ٤٠٧ - ٧١٤ من الجزء الرابع والأخير. وهي كاملة إلا أن الرموز التي في "الوجيز" ساقطة فيها -

---

(١) انظر: ص ١٠٩٥ وغيرها كثير.
(٢) انظر: ص ٩٤٣ وغيرها كثير.
(٣) انظر: ص ٩٥٩ - ٩٦٣ وغيرها كثير.

وهذه النسخة تعتبر من أكمل النسخ حيث وأنها نادرة السقط. إلا في ص ٦٤٩ - ٦٥٢و ٧١١ و ٧١٢ - يعني الصفحة الأخيرة وهذه النسخة رمزت لها بالحرف (ز).

ثانياً: نسخة الظاهرية:

وهي نسخة بالمكتبة الظاهرية - بدمشق - تحت رقم (٢٠٨٥) فيلم رقم (٧٠٥) فقه شافعي - رمزت لها بالحرف (ظ) نوع خطها: ثلث مقروءٌ. غير منقوطة أحياناً، وقَفَهُ السيد/ عبد الوهاب الحسيني الشافعي.

تقع في ستة عشر جزءاً وعدد سطورها (٢١) سطراً.

والناسخ: هو (عمر بن محمد الحسن الشافعي العلوي) ولم يذكر تاريخ نسخها.

والقسم الذي أحققه كامل فيها، يبدأ من الثلث الأخير من الجزء الخامس عشر وكامل الجزء السادس عشر وهي غير مرقمة وقد صورتها من مكتبة أحد الزملاء الأفاضل جزاه الله خيراً. وهي أكثر ما تتفق مع نسخة (ز)، وهذه النسخة سقطها متوفر، وأحياناً يصل إلى عددٍ من الصفحات. وهي خالية من التعليقات، والمتن موجود بلا رموز.

ثالثاً: نسخة الأزهرية: بالقاهرة.

توجد بالمكتبة المركزية بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة منها صورة، ولم أطلع إلا على الجزء الذي أحققه. وهو كامل يبدأ من ص ١٢٠ - ٤٩٣ - فيلم (٢٥١٤) عدد ورقها (٣٧٣). وكل ورقة (٢١) سطراً.

أما عن خطها، فهو خط نسخ حسن.

ناسخها: هو أحمد بن محمد المسكي. فرغ من نسخها في ثاني صفر سنة (٧٣٩هـ) - خالية من التعليقات سقط منها بعض الصفحات. وبعض الصفحات غير واضحة وقد رمزت لها بالحرف (أ).

والمتن موجود بلا رموز وهي خالية من التعليقات تماماً.

رابعاً: نسخة الأزهرية:

توجد بالمكتبة الأزهرية بالقاهرة برقم (٧٦٧) خصوصي و (٥٧٢٦) عمومي، فقه شافعي وقد صورتها من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة من فيلم (٢٥١٢).

وهذه النسخة عدد أجزائها (١٨) جزء.

القسم المحقق - يقع في الجزء الثامن عشر كاملاً عدد ورقه (٢٦٧) ورقة، وعدد الأسطر (٢٣) سطراً وهي بخط جيد، عليها تعليقات أحياناً وتصويبات للنص - وأحيانا عناوين جانبية، وأحياناً الحكم على حديث. ص ٧٧ و ١٧٣و ١٠٦.

نسخت (٦٦٨) واسم الناسخ: محمد بن عبدا لله بن أبي عمرو الأنصاري.

والمتن موجود بلا رموز - وهي قريبة من (ظ) وخاصة في أولها، وهذه النسخة رمزت لها بالحرف (ب).

خامساً: نسخة دار الكتب المصرية:

وهي توجد بدار الكتب المصرية بالقاهرة تحت رقم (١٦٣) فقه شافعي - صورتها من هناك ورمزت لها بالحرف (د).

نوع الخطي: غير جيد.

فرغ من نسخها في (٢٣) جمادى الآخرة سنة ثلاث وسبعمائة للهجرة.

اسم ناسخها: هو محمد بن عبد الرحيم القرشي الهاشمي الشافعي.

وهذه النسخة في إحد عشر مجلداً.

القسم المحقق في الجزء الحادي عشر من ص (١٧٧) إلى آخر الكتاب. عدد سطورها (٢٣) سطراً.

وهذه النسخة أخطاؤها كثيرة جداً، وبها طمس كثير، وعليها تعليقات وتصويبات، والمتن غير موجود بها.

لذلك استبعدتها بعد التعب الشديد واقتصرت على الأربع الأول، وا لله أعلم بالصواب.

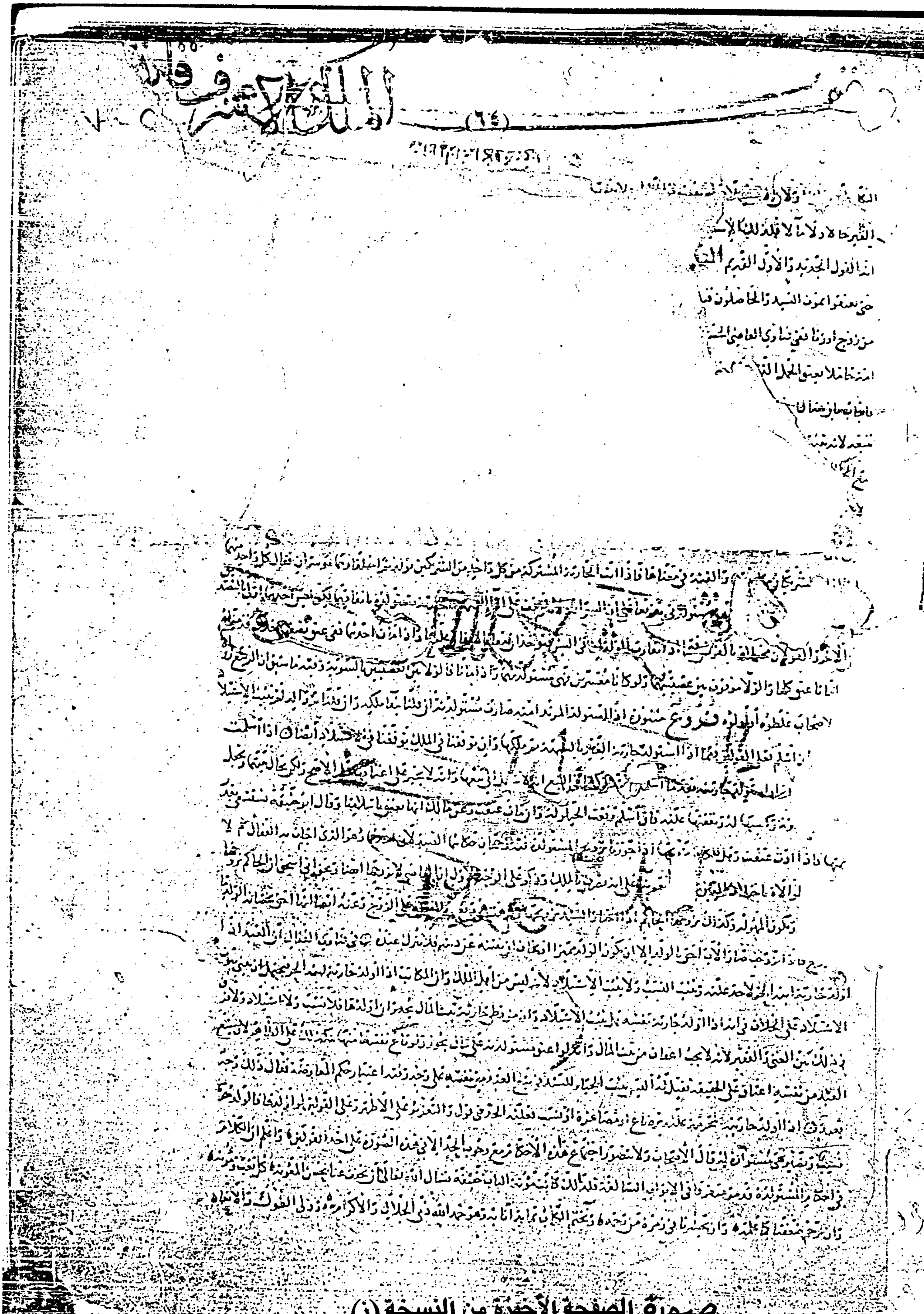
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

نماذج للنسخ

هنالك الرابع انها التحذر واذا اذن لها في الخروج مرة بعد ذلك التحذر بنفسه فالخروج بعد ذلك لا ينحل به اليمين ولا يخفى ان هذا
الفرق ضعيف وان التسوية بين الصورتين قوية كما في المهذب والتسليم لذلك يوله لم ينحل اليمين بالمرة **ولو قال** كلما خرجت
او كل وقت خرجت بغير اذني فانت طالق لو خرجت مرة بالاذن لا ينحل اليمين لان هذه الصيغة تقتضي التكرار ولو قال اذنت لك في الخروج كلما
اردت استغنى بذلك عن تجديد الاذن لكل خرجة ولو قال متى خرجت او متى ما او مهما او اي وقت او اي حين فالحكم كما لو قال ان خرجت وهذه من
الصيغ لا تقتضي التكرار وفي الرقم للعبادي الحاق متى ما ومهما بكلما وهو خلاف نصه في الام **ولو قال** ان خرجت الا باذني فانت
طالق لم يلزم التكرار ايضا والمعنى اي وقت خرجت قريب او بعيد واذا علق الطلاق كما صورنا ثم اذن لها في الخروج ثم رجع عن الاذن وخرجت
بعده تعين نصه في الام انها لا تطلق لان الاذن قد وجد وانحل الحكم اليمين وانقطع بعد ذلك لا ينفيه وراى ابو بكر الفارسي والمحققون [illegible]
على ما اذا قال في التعليق حتى اذن لك لانه حلل اذن [illegible] اليمين [illegible] الاذن [illegible] اذا قال بغير اذني او الا باذني فاذا رجع ثم خرجت
بعد اخروج بغير اذن [illegible] اول ما وجد بعد اليمين [illegible] الطلاق ومنهم من قال قوله الا باذني يحتمل الغاية ايضا فيحمل عليها ولو قال
ان خرجت بغير اذني لغير عيادة فخرجت لعيادة ثم عرضت حاجة فاشتغلت بها لم تطلق وان خرجت لعيادة وغيرها فالمذكور في الشامل انه
منسوبا الى نصه في الام انه لا يحنث وذكر صاحب المهذب انه الاصح ويشبه ان يقال ان كان المقصود من قوله لغير عيادة ما هو معزل عن
العيادة فلا يحنث وهذا اظهر السابق الى الافهام منه وان كان المقصود ما يغايره لمجموع العيادة والحاجة الاخرى يغاير مجرد العيادة ولو
قال ان خرجت لا لعيادة فينبغي ان يحنث لانه تعرض [illegible] لم يخرج للعيادة وانما خرجت لها ولغيرها **قال** رحمه الله

النوع الخامس في الكلام

لو قال والله لا اكلمك فتنح عني حنث بقوله تنح عني وكذا لو شتمه ولو كاتبه لم يحنث ولا
يحنث بالاشارة المفهمة ولو حلف على المهاجرة ففي المكاتبة تردد ولو حلف لا يكلم حنث بترديد
الشعر بنفسه ولا يحنث بالتسبيح وقراءة القرآن ولو قال لا [illegible] الله تعالى [illegible]
والحلف [illegible]
وان قال والله لا اكلمك [illegible] ثلاثة ايام [illegible] الاسلام [illegible] لانه قد كلمه [illegible]
وقال ابو حنيفة لا يحنث بها اذا [illegible] اليمين لان المقصود [illegible] وقال صاحب البيان [illegible]
[illegible] كتابة [illegible] او رسالة [illegible] قال ابو حنيفة واختاره
[illegible] والمراسلة [illegible] وقال مالك واحمد انه
يحنث [illegible] الرسالة [illegible] الكلام ومنهم من قطع بالقول الاول
[illegible]
معه في المجلس [illegible] على الاطلاق واجرى القولان في الاشارة بالراس والعين واستدل القديم
بقوله تعالى اني نذرت للرحمن صوما فلن اكلم اليوم انسيا [illegible] فاشارت اليه [illegible] وفي الحديث [illegible] اشارة
الناطق والاخرس [illegible] الاخرس في المعاملات [illegible] اشارة الناطق [illegible] المزني للقول الذي اختاره بان [illegible]
المحرمة بين المسلمين على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل لمؤمن ان يهجر اخاه فوق ثلاث [illegible] بالكتابة [illegible] لا يرتفع [illegible]
عنه [illegible] الهجرة [illegible] الكتابة والرسالة [illegible] الكلام [illegible] احدهما عن الاخر [illegible]
[illegible] على القول القديم والجديد حتى لو حلف على ان يهاجر [illegible] بالمكاتبة والمراسلة [illegible] الخلاف [illegible] قوله
في الكتاب ولو حلف على المهاجرة ففي المكاتبة تردد [illegible] الطلاق [illegible] المهاجرة ترتفع بالمكاتبة والمراسلة ولا يخفى ان المكاتبة
[illegible] الايذاء [illegible] بالشتم [illegible] الوحشة [illegible] المكاتبة



صورة الصفحة الأخيرة من النسخة (ز)

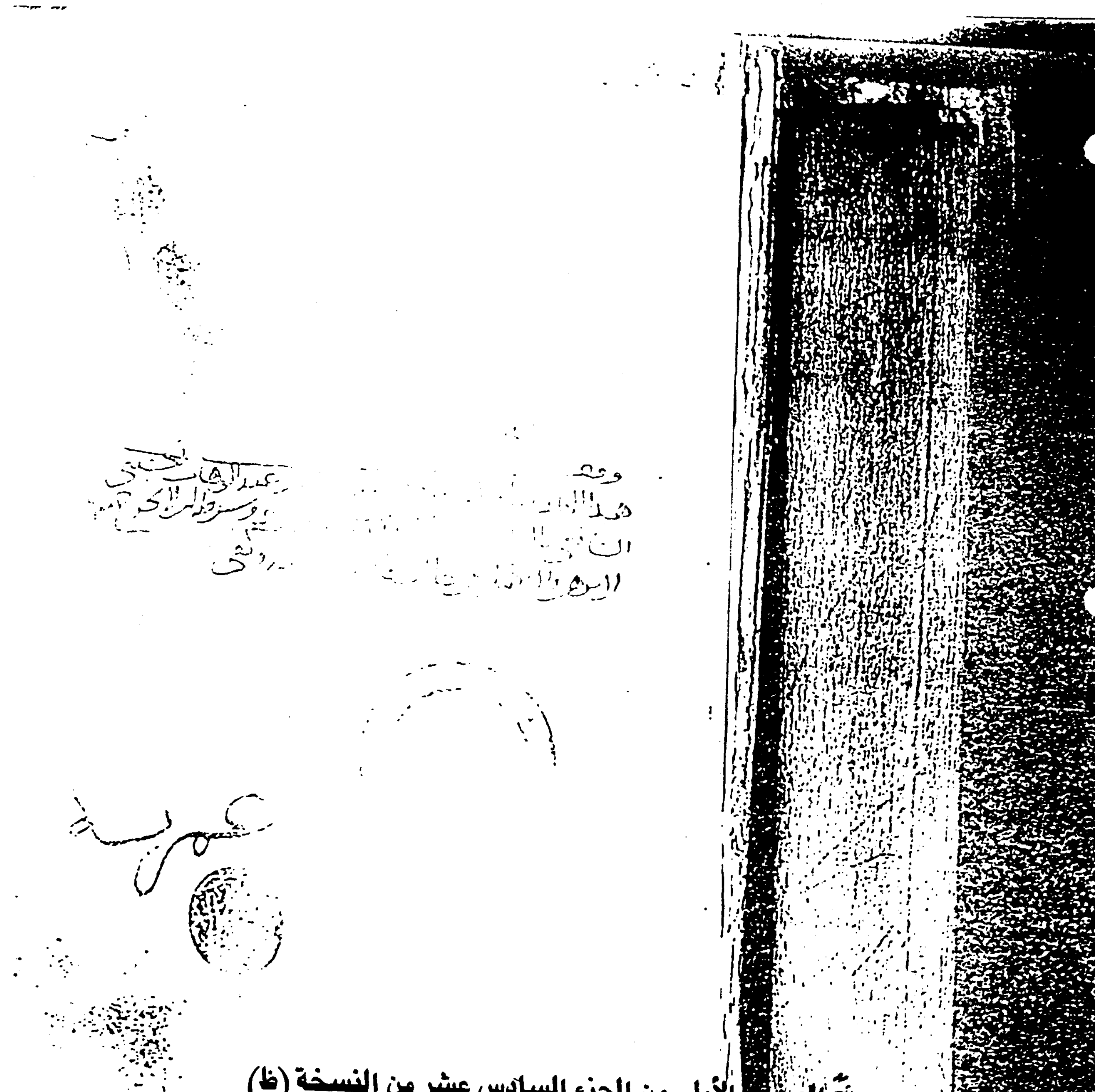
في الام انه لا يحنث وذكر صاحب التهذيب رحمه الله انه الاصح ويشبه ان يقال ان
كان المقصود من قوله لغير عباده بما هو معزل عن العباده فلا يحنث وهذا هو السابق
الى الفهم وان كان المقصود ما تغاير في الحقيقة لمجموع العباده والحاجة الاخرى
تغاير مجرد العبادة ولو قال ان خرجت لا للعبادة فينبغي ان يحنث لانه يصدق ان
يقال لم يخرج للعبادة وانما خرجت لها ولغيرها والله اعلم بالصواب قال
النوع الخامس في الكلام لو قال والله لا اكلمك فتنح عني حنث بقوله تنح عني وكذا
لو شتمه ولو كاتبه لم يحنث ولا يحنث بالاشارة المفهمه ولو حلف على المهاجرة ففي
المكاتبه تردد ولو حلف لا تكلم حنث بترديد الشعر مع نفسه ولا يحنث بالتهليل
وقراءة القرآن ولو قال لا اثنين على الله باحسن الثناء فليقل لا احصي ثناء عليك انت
كما اثنيت على نفسك ولو حلف لا يصلي ثم تحرم بالصلوة حنث وان افسدها بعد
ذلك ففيه وجه انه لم يحنث الا بصلوة تامة ❀ فيه مسايل احدها اذا قال والله
لا اكلمك فتنح عني او قم او اخرج او شتمه او زجره حنث سوا عقب اليمين بشيء منها
على الاتصال او لا على الاتصال لانه قد كلمه بها اذا وصلها باليمين لان المقصود من
مثله تاكيد اليمين وهو وجه للاصحاب قال صاحب البيان الوجهان كوجهين ذكرناهما
فيما اذا قال لامراته ان كلمتك فانت طالق فاعلمي ذلك ولو كتب اليه كتابا او ارسل
رسولا ففيه قولان الجديد وبه قال ابو حنيفه واختاره المزني رحمه الله انه لا يحنث
لانه لا يسمى المكاتبه والمراسله كلاما بل يصح ان يقال ما كلمه وانما كاتبه وراسله
والقديم وبه قال مالك واحمد رحمهما الله انه يحنث لقوله تعالى ما كان لبشر ان يكلمه
الله الا وحيا او من وراء حجاب او يرسل رسولا استثنى الرسالة من التكليم
ومنهم من قطع بالقول الاول وحمل ما نقل عن القديم على ما اذا نوى في يمينه المكاتبه
والمراسلة ومنهم من خصص الخلاف بحال الغيبه وقال اذا كان معه في المجلس لم

صورة الصفحة الأولى من الجزء المحقق من النسخة (أ)

ليس من اهل الملك وان المكاتب اذا اولد جارية فقبله الحق فيحتمل ان يبني ثبوت
الاستيلاد على الخلاف في انه اذا اولد جارية نفسه هل يثبت الاستيلاد وان من
وطئ جارية بيت المال يحد فان اولدها فلا نسب ولا استيلاد ولا فرق في ذلك بين
الغني والفقير لانه لا يجب الاعفاف من بيت المال وانه لو اعتق مستولدته على مال
يجوز ولو باع نفسها منها فكذلك على الظاهر لان بيع العبد من نفسه اعتاق على
الحقيقة فقيل له انه ليس يثبت الخيار للسيد في بيع العبد من نفسه على وجه وفيه اعتبار
حكم العاوضة فقال ذلك وجه بعيد اذا اولد جارية المحرمة عليه برضاع او مصاهرة
او نسب فعليه الحد في قول والتعزير على الاظهر وعلى القولين لو اولدها فالولد حر نسيب
وتصير هي مستولدة له قال الاصحاب ولا نتصور اجتماع هذه الاحكام مع وجود الحد
في غير هذه الصورة على احد القولين واعلم ان الكلام في احكام المستولدة تقدم مفرقا في
الابواب السالفة فلذلك كانت مونة الباب خفيفة نسأل الله تعالى ان يخفف عنا بحسن
انعامه كل تعب ومونة وان يرحم ضعفنا كما علمه وان يحشرنا في زمرة من رحمته
ويختم الكتاب تبابدانا به وهو حمد الله ذي الجلال والاكرام وولي الطول والانعام
ونقول الحمد لله الذي هدينا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله اللهم صل على محمد
وعلى آل محمد كلما ذكره الذاكرون وغفل عن ذكره الغافلون واغفر لنا ولاخواننا
الذين سبقونا بالايمان ولا تجعل في قلوبنا غلا للذين امنوا ربنا انك روف رحيم
وقع الفراغ من كتبته على يدي اضعف عباد الله تعالى العبد الفقير احمد بن محمد المسكي
غفر الله له ولمن سعى في نساخته ولجميع المسلمين في ثاني ... ختم بالخير والظفر سنة تسع وثلاثين
٧٢٩ فيض ما ... وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه الطيبين الطاهرين وسلم



صورة الصفحة الأخيرة من النسخة (أ)



صورة الصفحة الأولى من الجزء السادس عشر من النسخة (ظ)

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

... رحمه الله وإذا شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان

... المال وإن لم تثبت العقوبة [illegible] النكاح وإن لم يثبت النكاح

... ولو علق طلاقها على الولادة ثبت بشهادة أربع نسوة ولا يقع الطلاق

... ثبت عليها الغصب بشهادة رجل وامرأتين وقال الزوج إني كنت غصبت

... طالق وقع [illegible] ولو شهد على السرقة رجل

... امرأتان ثبت المال وإن لم يثبت القطع لأن المال يثبت برجل وامرأتين

... العقوبات لا تثبت [illegible] المال [illegible] ولو شهد على

... القتل العمد رجل وامرأتان فإنه لا يثبت الدية كما لا يثبت القصاص

... الظاهر الأول [illegible] أن السرقة توجب القطع والمال جميعًا

... [illegible] والقتل لا يوجبهما [illegible]

... يوجب القصاص بعينه وإما أن يوجب أحدهما وإنما يتعين بالاختيار

... [illegible] على [illegible] موجبه ولم [illegible] فإذا

... لم يثبت [illegible] وإما أن يوجب أحدهما لا بعينه وإنما يتعين

... بالاختيار فلو أثبتنا المال على [illegible] موجبه ولو شهد رجل

... وامرأتان في صداق في نكاح [illegible] امرأة ثبت الصداق وإن لم

... يثبت النكاح فإن الصداق [illegible] ولو علق طلاق امرأته

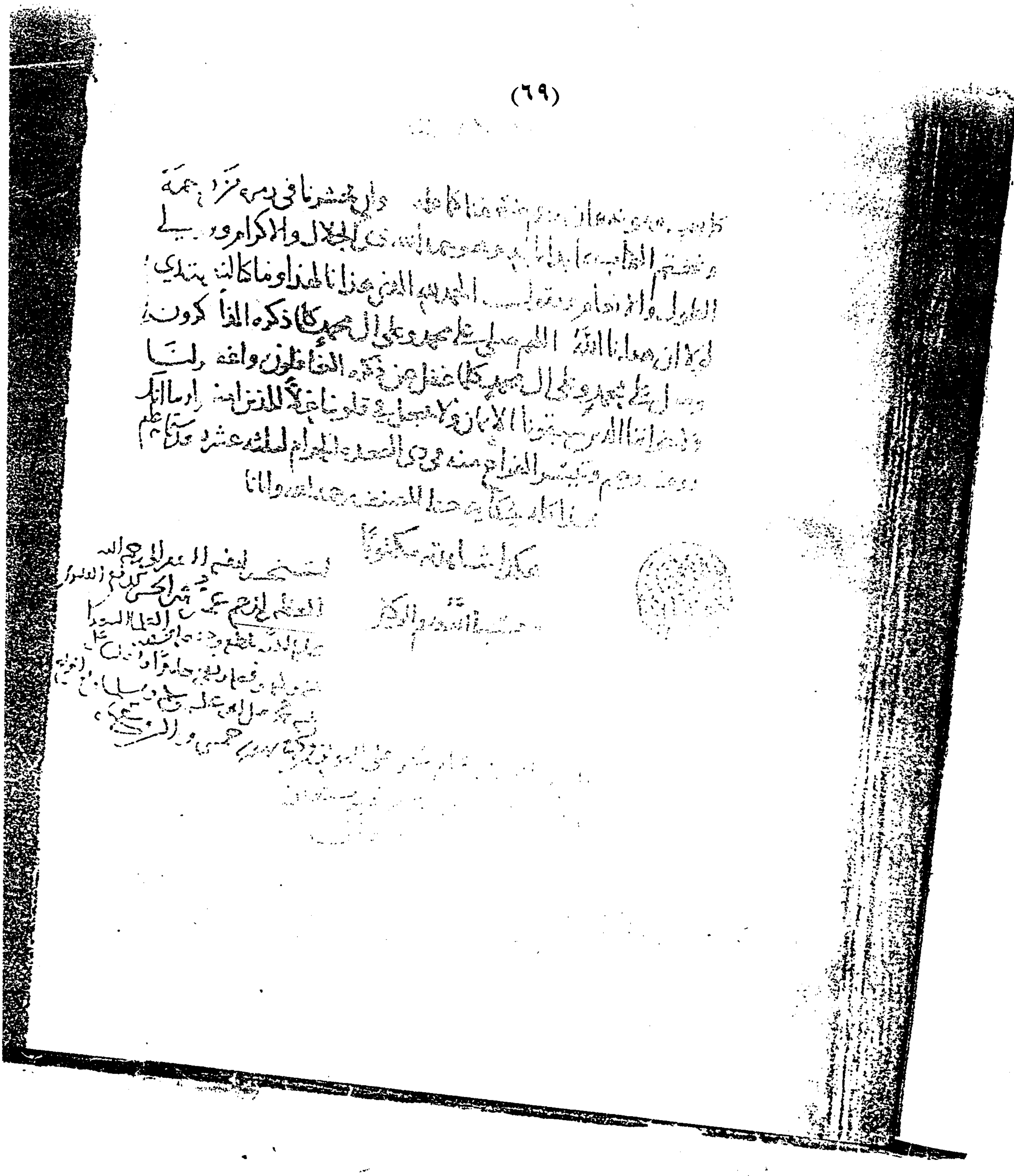
... [illegible] على الولادة [illegible] الولادة أربع نسوة ثبتت الولادة

... ولا يقع الطلاق والعتق [illegible] على الغصب والإتلاف

... شهد بهما رجل وامرأتان [illegible] الغصب والإتلاف ولم [illegible] بوقوع

... الطلاق ولا [illegible]

صورة للصفحة الأولى من الجزء -١٦- من نسخة (ظ)



صورةُ الصفحة الأخيرة من النسخة (ظ)

(٧٦٧) ع
(٥٧٨٦) ع

تصنيف الشيخ الامام حجة الاسلام مفتي الخلق
امام الدين ابي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم
الرافعي القزويني قدس الله روحه ونور ضريحه

ابو جعفر الترمذي هو ابو جعفر محمد بن احمد بن نصر الترمذي الفقيه الشافعي لم يكن للشافعيين في وقته
ابيل منه ولا اورع ولا اكثر تقللا وكان يسكن بغداد ذكر ابو اسحق الزجاج النحوي انه كان يجري عليه في
شهر اربعة دراهم وكان لا يسال احدا شيئا وكان يقول تفقهت على مذهب ابي حنيفة فرأيت
النبي صلى الله عليه وسلم في مسجد المدينة عام حججت فقلت يا رسول الله تفقهت بقول ابي حنيفة أفآخذ
به قال لا فقلت آخذ بقول مالك بن انس فقال خذ منه ما وافق سنتي فقلت آخذ بقول
الشافعي فقال ما هو بقوله الا انه اخذ بسنتي ورد على من خالفها قال فخرجت في اثر
هذه الرؤيا الى مصر وكتبت كتب الشافعي وقال الدارقطني هو ثقة مأمون ناسك
وكان يقول كتبت الحديث تسعا وعشرين سنة ولد في ذي الحجة سنة مائتين وتوفي لاحدى عشرة
خلت من المحرم سنة خمس وتسعين ومائتين قال السمعاني في نسبة الترمذي [illegible]
[illegible] الناس مختلفون في كيفية هذه النسبة بعضهم يقول بفتح التاء
[illegible] وبعضهم يقول بضمها وبعضهم يقول بكسرها والمتداول على لسان اهل تلك البلدة فتح التاء
وكسر الميم والذي كنا نعرفه فيه قديما كسر التاء والميم جميعا والذي يقوله المتقنون واهل المعرفة ضم التاء والميم وكل
واحد يقول معنى لما يدعيه هذا كلام السمعاني قال ابو عاصم العبادي هو من الطبقة الثانية قال سمعت [illegible] يقول
[illegible] ابو جعفر سمعت الشافعي رضي الله عنه يقول
ليس من المروءة ان يخبر الرجل بسنه قال ابو عاصم وفيه [illegible]
افضل الناس بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ابو بكر ثم عمر ثم عثمان ثم علي رضي الله عنهم وهكذا رواه ابو الطيب [illegible]
ابي سفيان الصوري [illegible] ابو جعفر [illegible] النبي صلى الله عليه وسلم [illegible]
[illegible] انه عد ابا محمد يحيى المروزي [illegible] عن الثوري [illegible]
ستر شعر [illegible] وابو اسمعيل الترمذي هو الذي [illegible]
وروى عن البويطي [illegible] اجمع [illegible]
روينا في كتب ابي داود والترمذي وابن ماجه عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث دعوات مستجابات
لا شك فيهن دعوة المظلوم ودعوة المسافر ودعوة الوالد على ولده قال الترمذي حديث
حسن وليس في رواية ابي داود على ولده

صورة الصفحة الأولى من الجزء الأخير
نسخة (ب)

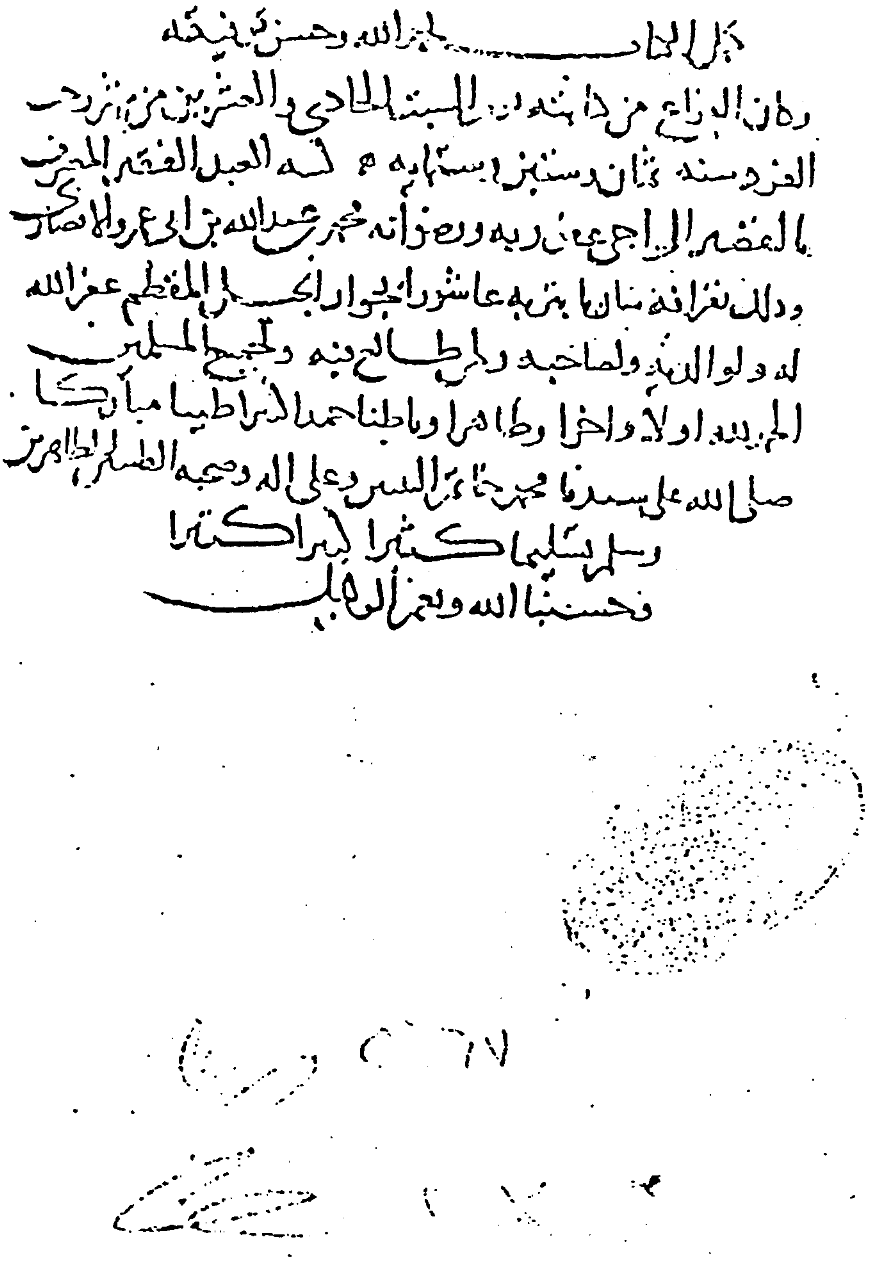
ومنهم من قال قوله الإمام ذي محمل للعادة أيضا فيحمل عليها ولو قال
إن خرجت لغير عيادة فأنت طالق فخرجت لعيادة ثم عنّت
حاجة فاشتغلت بها لم تطلق وإن خرجت لعيادة وعنّ لها أمر فالمذهب
التأمل والمنسوب إلى نصه في الأم أنه لا يحنث وذكر صاحب التهذيب
أنه الأصح ويشبه أن يقال إن كان المقصود من قوله لغير عيادة ما هو
معزول عن العيادة فلا يحنث وهذا هو السابق إلى الأفهام منه
وإن كان المقصود ما يغاير في الحقيقة مجموع العيادة والحاجة
الأخرى تغاير مجرد العيادة ولو قال إن خرجت لا للعيادة فهي كما لو
يحنث لأنه يصدق أن يقال لم يخرج للعيادة وإنما خرج لها ولغيرها

قال النوع الخامس في الكلام لو قال والله لا أكلمك
فتنحّ عني حنث بقوله تنحّ عني وإذا لو شتمه ولو كاتبه لم يحنث ولا
يحنث بالإشارة المفهمة ولو حلف على المهاجرة ففي المكاتبة تردد
ولو حلف لا يتكلم حنث بترديد الشعر مع نفسه ولا يحنث بالتهليل وقراءة
القرآن ولو قال لا أثني على الله بأحسن الثناء فليقل لا أحصي ثناء عليك أنت
كما أثنيت على نفسك ولو حلف لا يصلي ثم تحرم بالصلاة حنث وإن
أفسدها بعد ذلك وفيه وجه أنه لا يحنث إلا بالصلاة الصحيحة وفيه مسائل
أحدها إذا قال والله لا أكلمك فتنحّ عني وقم واخرج أو شتمه
أو زجره حنث سواء عقبه لليمين أو فصل بينهما على الانفصال أو على الاتصال
لأنه كلمه بها وقال أبو حنيفة لا يحنث بها إذا وصلها باليمين
لأن المقصود من مثله تأكيد اليمين وهو وجه للأصحاب قال صاحب
البيان والوجهان يجريان فيما ذكرناه فيما إذا قال لامرأته إن كلمتك فأنت
طالق واخرجي الثانية لو كاتبه أو أرسل إليه رسولا ففيه قولان أحدهما
وبه قال أبو حنيفة واختاره المزني أنه لا يحنث لأنه لا يسمى المكالمة

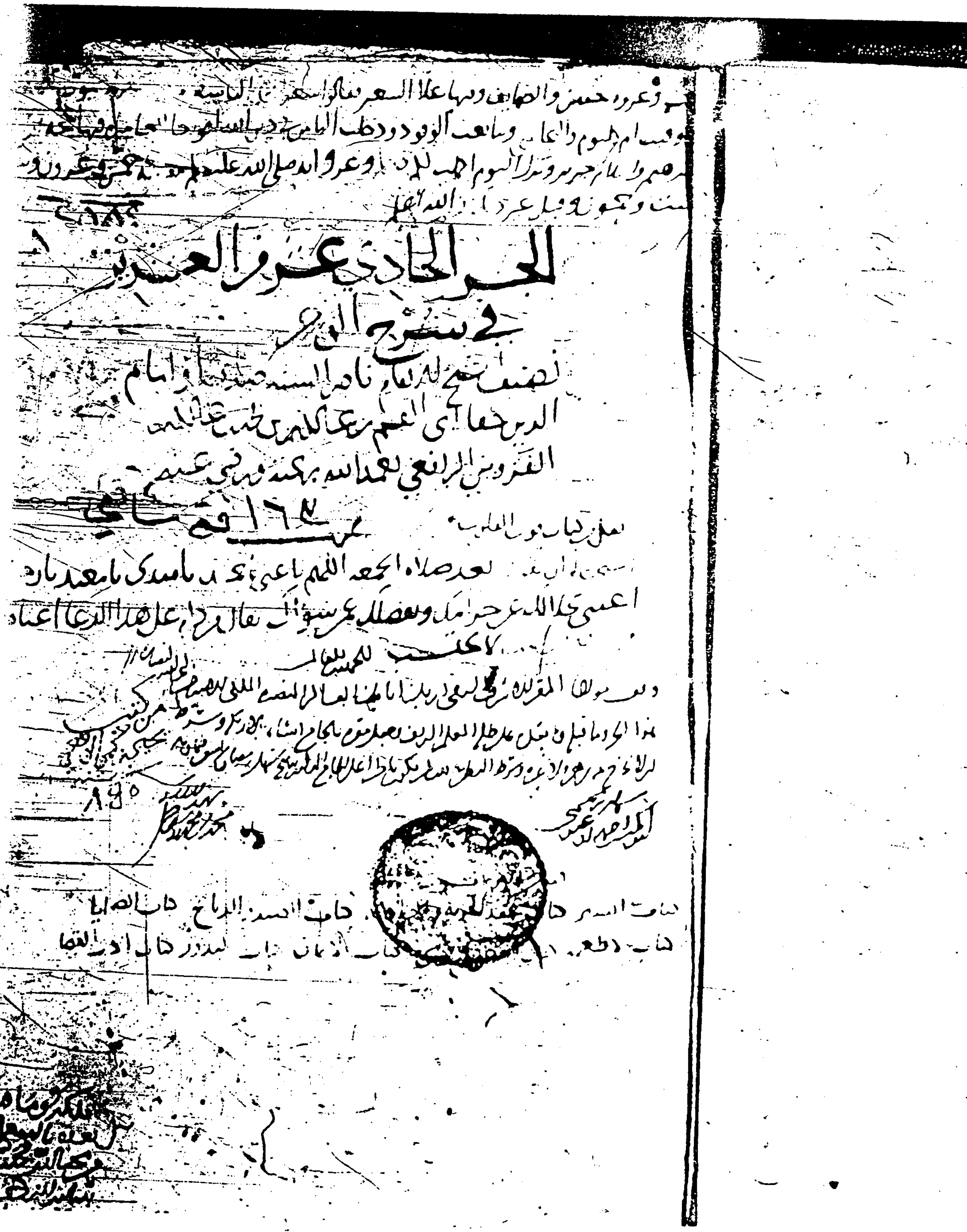
صورة الصفحة الأولى من الجزء المحقق من النسخة (ب)

ويترك عنده في فتاوى القفال انه لعبد اذا اولد جارية اشتراها
بغير اذن عليه ويثبت النسب ولا يثبت الاستيلاد لانه ليس من
اهل الملك وان المكاتب اذا اولد جارية ابنه الحر يحتمل ان يبنى ثبوت
الاستيلاد على الخلاف في انه اذا اولد جارية نفسه هل يثبت
الاستيلاد ولو زنى ووطى جارية بيت المال لحد وان ولدها فلا نسب
ولا استيلاد ولا فرق في ذلك بين الغني والفقير لانه لا يجب
الاعتاق من بيت المال وانه لو اعتق حسن لذنه على مال الحر ولو
باع نفسها فكذلك على الظاهر وان بيع العبد من نفسه اعتاق
على الحقيقة فلذلك لم يثبت الخيار للسيد في بيع العبد من
نفسه على وجه وفيه اعتبار حكم المعاوضة فقال بذلك الوجه
بعيد ثم اذا اولد جارية المحرمة عليه برضاع او مصاهرة
او نسب فعليه الحد في قول والغرم على الاظهر وعلى القولين لو
اولدها فالولد حر نسيبه تصير مستولدة قال الاصحاب وسقوط
اجتماع هذه الاحكام مع وجوب الحد الا في هذه الصورة على احد
القولين واعلم ان الكلام في احكام المستولدة قد مر مفرقا على
الابواب السالفة فلذلك لم نطيل هاهنا بحقيقة نسال الله تعالى
ان يحقق هنا بحسن المعونة كما يعودونه وان يرحم ضعفنا
كما علمه وان يحشرنا في زمرة من رحمه تم تم الكتاب
كما بدانا به وهو حمد الله ذي الجلال والاكرام وولي الطول
والانعام ونقول الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي
لولا ان هدانا الله اللهم صل على محمد وعلى ال محمد كلما ذكره
الذاكرون وغفل عن ذكره الغافلون واغفر لنا ولاخواننا الذين
سبقونا بالايمان ولا تجعل في قلوبنا غلا للذين امنوا ربنا انك رحيم

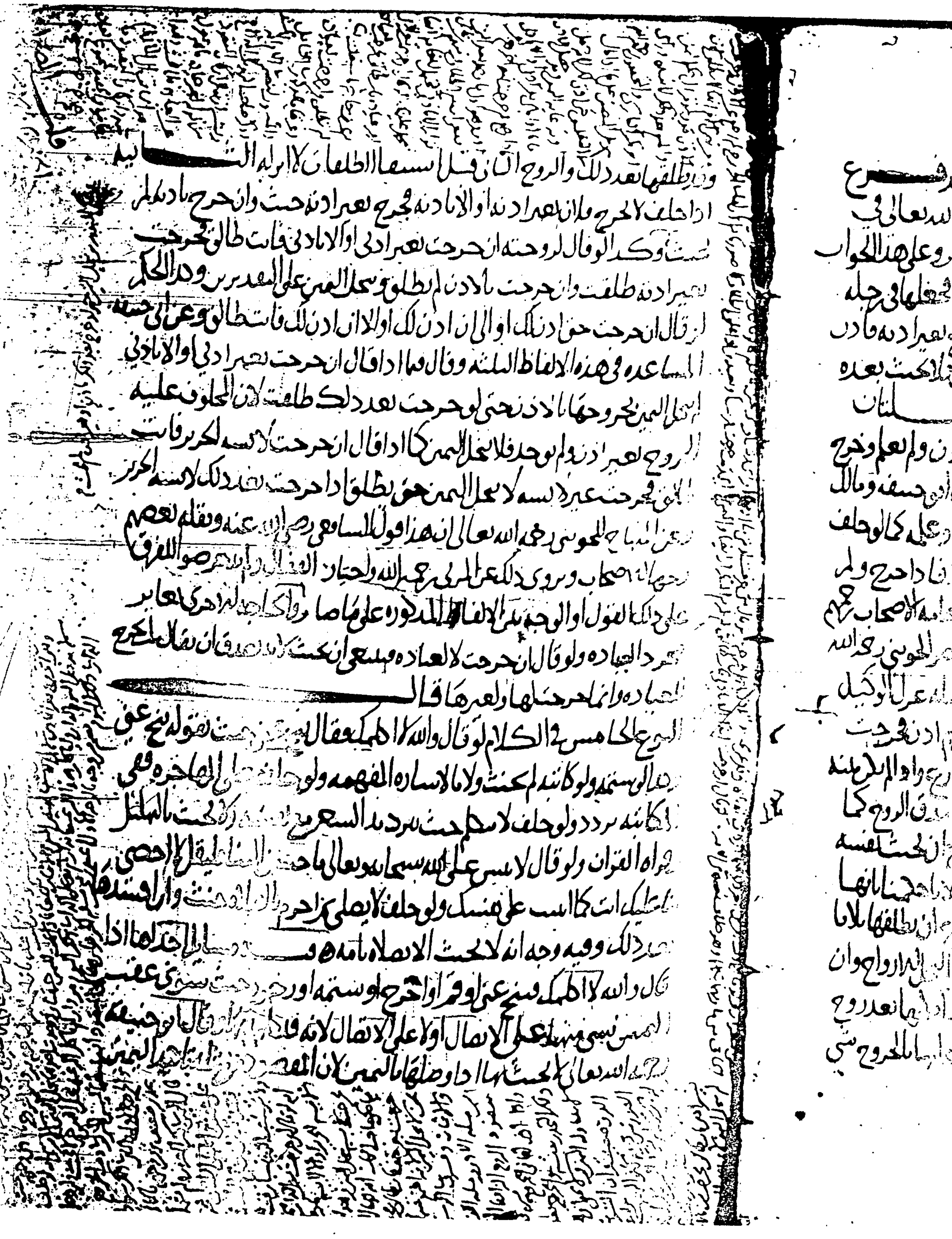
صورة الصفحة الأخيرة من النسخة (ب)


كمل الكتاب بحمد الله وحسن توفيقه
وكان الفراغ من كتابته في السبت الحادي والعشرين من شهر رجب
الفرد سنة ثمان وستين وستمائة ه كتبه العبد الفقير المعترف
بالتقصير الراجي عفو ربه ورضوانه محمد بن عبد الله بن أبي عمرو الأنصاري
وذلك بغرناطة منارها بتربة عاشوراء بجوار الجسر المعظم غفر الله
له ولوالديه ولصاحبه ولمن طالع فيه ولجميع المسلمين
الحمد لله أولا وآخرا وظاهرا وباطنا حمدا دائما طيبا مباركا
صلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين
وسلم تسليما كثيرا أبدا كثيرا
وحسبنا الله ونعم الوكيل

صورة الصفحة الأخيرة من نسخة (ب)

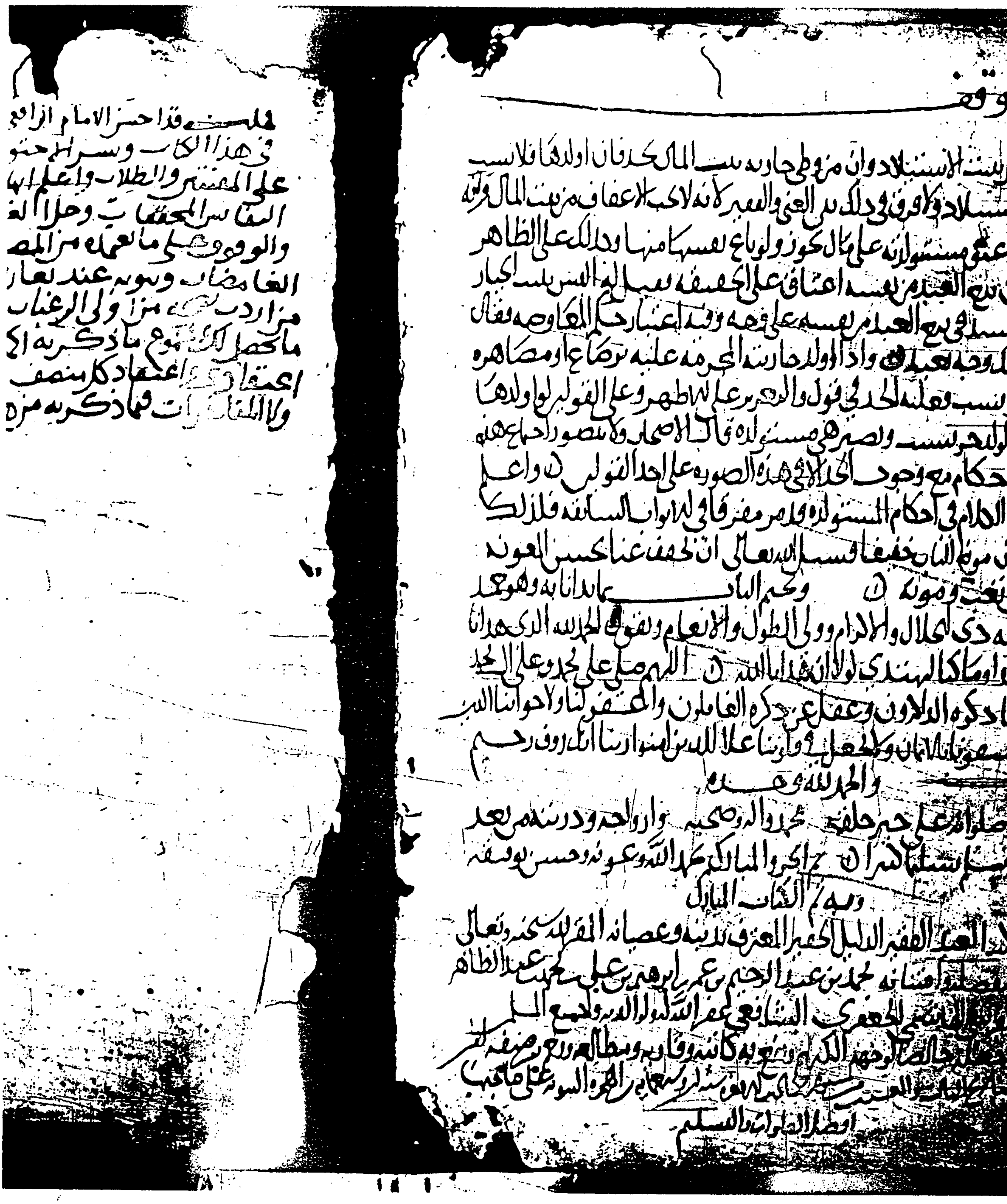

الجزء الحادي عشر
في شرح الوجيز

صورة غلاف الجزء الحادي عشر من نسخة (د)



وان طلقها بعد ذلك والزوج الآن قبل استيفا الطلقات لا ازاله الثانية
اذا حلف لا يخرج الا باذنه او الا باذنه فخرج بغير اذنه حنث وان خرج باذنه لم
يحنث وكذا لو قال لزوجته ان خرجت بغير اذني او الا باذني فانت طالق فخرجت
بغير اذنه طلقت وان خرجت باذنه لم تطلق وتنحل اليمين على المقدرين وكذا الحكم
لو قال ان خرجت حتى اذن لك او الى ان اذن لك او الا ان اذن لك فانت طالق وعن ابي حنيفة
المساعدة في هذه الالفاظ الثلثة وقال فيما اذا قال ان خرجت بغير اذني او الا باذني
انحل اليمين بخروجها باذنه حتى لو خرجت بعد ذلك طلقت لان المحلوف عليه
خروج بغير اذنه ولم يوجد فلا تنحل اليمين كما اذا قال ان خرجت لابسة الحرير فانت
طالق فخرجت غير لابسة لا تنحل اليمين حتى لو خرجت بعد ذلك لابسة الحرير
[illegible] للجويني رحمه الله تعالى انه قول للشافعي رضي الله عنه ونقله بعضهم
[illegible] الاصحاب ويروى ذلك عن المزني رحمه الله واختاره القفال والاظهر [illegible] الفرق
على ذلك القول او الوجه بين الالفاظ المذكورة على ما صار [illegible]
[illegible] العيادة ولو قال ان خرجت لا لعيادة [illegible]
لعيادة وانما بخروجها ولغيرها قال
الفرع الخامس في الكلام لو قال والله لا اكلمك [illegible] حنث بقوله تنح عني
[illegible]

صورة الصفحة الأولى من الجزء المحقق من النسخة (د)



وقف

ونسأل الله تعالى ان يحفظنا بحسن المعونة

والحمد لله وحده

وصلواته على خير خلقه محمد والرضى عنه وازواجه وذريته من بعد

وبه تم الكتاب المبارك

على يد العبد الفقير الذليل الحقير المعترف بذنبه وعصيانه المقر لله سبحانه وتعالى

محمد بن عبد الرحيم بن عمر بن ابرهيم بن علي

الشافعي غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين

الحمد لله قد احسن الامام الرافعي

في هذا الكتاب

على المفتين والطلاب

صورة الصفحة الأخيرة من النسخة (د)

القسم الثاني: النص المحقق

من كتاب الأيمان

النوع الخامس في الكلام

بسم الله الرحمن الرحيم

[أحمد الله الحق، ذا الجلال والإكرام، وأصلي على رسوله محمد خير الأنام، وأسلم عليه وأصحابه أفضلَ الصلاة والسلام][١].

(قال [الغزالي]: النوع الخامس[٢] في الكلام.

فلو[٣] قال: والله لا أُكَلِّمكَ فتنحَّ عني، حَنِثَ، بقوله: تَنَحَّ عني، وكذا لو شَتَمَهُ، ولو كاتبه لم يَحْنَثْ. ولا يحنثَ بالإشارة المفهمة.

ولو حلف على المهاجرة ففي المكاتبة تَرَدُدٌ.

ولو حلف لا يتكلم، حنث بترديد الشعر مع[٤] نفسه. ولا يحنث بالتهليل[٥]، وقرآءة القرآن.

ولو قال: لأثنين على الله تعالى بأحسن الثناء، فليقل: لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك.

ولو حلف لا يصلي ثم تحرَّم بالصلاة، حنِثَ، وإن أفسدها بعد ذلك.

وفيه[٦] وجه، أنَّه لايحنث إلا بصلاة تامةٍ).

---

(١) هذا الاستفتاح أخذناه من أول كتاب:.. العزيز في شرح الوجيز. لأبي القاسم عبد الكريم الرافعي ت ٦٢٣هـ

(٢) هذا النوع الخامس من أنواع الباب الثالث: فيما يقع به الحنث - من كتاب الأيْمان. أما الأنواع الأربعة فهي النوع الأول: ما يتعلق بدخول الدار.
الثاني: ألفاظ الأكل والشرب.
الثالث: في العقود.
الرابع: في الإضافات والصفات وقد سبقت كلها. انظر: الوجيز ٢/٢٢٦ - ٢٣٠، والعزيز ١٢/٢٨١ و ٢٨٩ و ٣٠٥ و ٣١٤ تحقيق وتعليق الشيخين علي محمد معوض وعادل عبدالموجود ط ١-١٤١٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت. روضة الطالبين. الامام النووي - ط ٢ - المكتب الإسلامي، بيروت ١١/٢٧ و ٣٣ و ٤٥ و ٥٣.

(٣) في أ ب ظ "لو"

(٤) "مع" ليست في ز.

(٥) "هَلَّلَ" قال: لا إله إلا الله. القاموس المحيط ٤/٧٠ فصل الهاء - باب اللام.

(٦) في أ " ففيه".

[فصل في الحلف على الكلام]

[قال الرافعي] فيه مسائل:

المسألة الأولى حلف لا يكلمه فقال تنحى عني أو قم أو نحو ذلك

إحداها: إذا قال: وا للهِ، لا أُكَلِّمكَ، فتنحَّ عنيِّ، أو قُمْ، أو اخرج[١]، أو شتمه، أو زجره حنِثَ. سواءٌ عقَّب اليمين بشيءٍ منها على الاتصال، أولا على الاتصال، لأنه قد كلمه بها[٢]. وقال: [أبوحنيفة لايحنث بها][٣] إذا وصلها باليمين، لأن المقصود من مثله تأكيد اليمين[٤].

وهو وجه للأصحاب.

وقال[٥]: صاحب البيان[٦] الوجهان كوجهين ذكرناهما.

فيما إذا قال: لأمرأته: إن كلمتك، فأنت طالق، فاعلمي ذلك[٧].

---

(١) في ز "فاخرج".

(٢) وهو الصحيح. انظر: الوسيط ٢٤٦/٧، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر. ط ١، ١٤١٧هـ، دار السلام، ١٢٠ ش الأزهر. وانظر: الروضة ٦٣/١١. ومغنى المحتاج ٣٤٥/٤، دار الفكر.

(٣) "وقال أبوحنيفة لايحنث بها" ليست في أ

(٤) قال محمد البابرتي ت ٧٨٦هـ في العناية شرح الهداية بهامش فتح القدير، دار إحياء التراث، بيروت ٤١٨/٤ "فلو قال موصولاً: إن كلمتك فأنت طالق فاذهبي واخرجي أو قومي أو شتمها أو زجرها متصلاً، لم يحنث، لأن هذا من تمام الكلام الأول فلا يكون مراداً باليمين".

(٥) في: أ "قال".

(٦) هو: يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني اليماني. المشهور بصاحب البيان. شيخ الشافعية باليمن. في عصره، له مؤلفات منها "البيان" مكث في تأليفه ست سنين، وهو كبير في نحو عشر مجلدات. وله غيره ولد عام ٤٨٩هـ - وتوفي عام ٥٥٨هـ - رحمه الله.
انظر: طبقات الشافعية، للسبكي ٣٢٤/٤، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٣٢٧/١، كشف الظنون ٢٦٤/١.

(٧) الوجه الأول: تطلق. وهو المذهب.
الوجه الثاني: لم تطلق. إن وصله بالكلام الأول لأنه تتمة له.
انظر: الروضة ١٩٥/٨، والمجموع ٢٢٥/١٧.

ولو كتب إليه كتاباً، أو أرسل رسولاً. ففيه قولان: الجديد. وبه قال: أبوحنيفة[١]، واختاره المزني[٢] رحمه الله: أنه لا يحنث، لأنه لا يسمي المكاتبة / والمراسلة كلاماً، بل يصح أن يقال: ما كلمه، وإنما كاتبه، وراسله[٣].

والقديم: وبه قال: مالك[٤]، وأحمد[٥] رحمهما الله أنه يحنث.

لقوله تعالى ﴿**مَا كَانَ لِبَشَرٍ أَنْ يُكَلِّمَهُ اللهُ إِلاَّ وَحْياً أَوْ مِنْ وَرَآءِى حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولاً**﴾[٦] استثنى الرسالة من التكليم.

ومنهم من قطع، بالقول الأول، وحَمَلَ ما نُقِلَ عن القديم على ما إذا نوى في يمينه المكاتبة والمراسلة.

ومنهم من[٧] خصص الخلاف بحال الغَيْبة، وقال: إذا كان معه في المجلس لم يحنث، إذا كتب إليه رقْعةً، والظاهر إثبات الخلاف على الإطلاق[٨]. وأُجْرِيَ القولان في الإشارة بالرأس والعين.

واستُدِلَّ للقديم [بقوله تعالى ﴿**آيتكَ أَلاَّ تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاَثَةَ أَيَامٍ إِلاَّ رمْزَاً**﴾[٩] استثنى الرمز من التكليم.

---

(١) انظر: شرح العناية على الهداية ٤/٤١٨.

(٢) المزني: إسماعيل بن يحيى، أبو إبراهيم، المشهور. بالمزني. أحد كبار تلاميذ الشافعي، ورواته، وناقلي مذهبه. له "المختصر" المشهور به.
ولد عام ١٧٥هـ، وتوفي عام ٢٦٤، وله ٨٩ سنة – رحمه الله.
انظر: طبقات الشافعية للسبكي ١/٢٣٨، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٥٨.

(٣) "واختاره المزني". انظر: المختصر. ص ٢٩٦، دار المعرفة، بيروت، وانظر: شرح العناية على الهداية ٤/٤١٨.

(٤) انظر: مختصر خليل ص ٩٨، صححه الشيخ أحمد نصر، ط الأخيرة، ١٤٠١هـ، المكتبة المالكية.

(٥) انظر: المغني، ابن قدامة، تحقيق د/ عبد التركي، ط١، ١٤١٠هـ، هجر القاهرة، ١٣/٦١٢.

(٦) سورة الشورى – من آية ٥١.

(٧) في ز "ومنهم من قطع بالقول الأول".

(٨) وهو المذهب. انظر الروضة ١١/٦٣.

(٩) سورة آل عمران، من آية ٤١.

وللجديد](١) بقوله تعالى: ﴿إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَنِ صَوْماً فَلَنْ أُكَلِّمَ الْيَوْمَ إِنسِيّاً﴾(٢) ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ﴾(٣).

فلو(٤) كانت الإشارة كلاماً، لامتنعت منها.

ولا فرق على الجديد بين إشارة الناطق والأخرس، وإنما أقيمت إشارة(٥) الأخرس في المعاملات، مقام كلام(٦) الناطق للضرورة(٧).

واحتج المزني – رحمه الله – للقول الذي اختاره. بأن اثم المهاجرة المحرمة بين المسلمين، على ما قال: صلى الله عليه وسلم. "لايحل لمؤمن أن يهجر أخاه فوق ثلاث(٨)"(٩)

---

(١) من قوله "بقوله تعالى: "آتيك ... للجديد" ليست في: ز.

(٢) سورة مريم، من آية ٢٦.

(٣) سورة مريم من آية ٢٩.

(٤) في: أ "فلولا".

(٥) "إشارة" ليست في أ.

(٦) في ب، ز ، ظ "إشارة الناطق".

(٧) قال في الوسيط ٢٤٦/٧ " فلو رمز بإشارة مفهمة، فالجديد: أنه لا يحنث، وكذلك إن خرس وأشار إليه، لأن إشارته ليست بكلام في اللغة وإنما أعطي حكم الكلام لضرورة المعاملة".
وقال ابن الصلاح في مشكل الوسيط بهامش الوسيط ٢٤٦/٧ " ... ولو رمز باشارة مفهمة، فالجديد: أنه لا يحنث" محل القولين – القديم والجديد – إنما هو إذا كاتبه أو راسله. وأضاف إليه أصحابنا الإشارة فخرجوها على القولين. والله أعلم".
وقال في مغنى المحتاج ٣٤٦/٤ "وتَعَقَّبَ بما في فتاوى القاضي من أن الأخرس لو حلف لا يقرأ القرآن، فقرأه بالإشارة، حنث، وبما مرَّ في الطلاق من أنه لو علقه بمشيئة ناطق فخرس وأشار بالمشيئة طلقت. وأجيب عن الأول بأن الخرس موجود فيه قبل الحلف بخلاف مسألتنا.
وعن الثاني: بأن الكلام مدلوله اللفظ فاعتبر بخلافه المشيئة، وإن كانت تؤدى باللفظ".

(٨) في ز "ثلاثة أيام".

(٩) حديث: "لايحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث" متفق عليه.
أخرجه البخاري: في كتاب الأدب، باب الهجرة، صحيح البخاري، طبعة بالأوفست، ١٤٠١هـ – ١٩٨١م، دار الفكر، بيروت، لبنان، ٨٦/٤.
وأخرجه مسلم. في كتاب البر والصلة، باب تحريم الهجرة فوق ثلاث أيام بلا عذر.

=

لايرتفع بالكتابة[١]، ولو كان ذلك كلاماً لارتفع[٢].

وأجيب عنه بأن مواصلتهما قبل الهجرة، إن كانت بالكتابة، والرسالة، فيرتفع الإثم بها، وإلا فإن تعذر[٣] الكلام لغيبة أحدهما عن الآخر، فكذلك. وإلا ففيه. وجهان بناءً على القولين، القديم، والجديد حتى لو حلف على أن يهاجر فلاناً، فهل يحنث بالمكاتبة، والمراسلة؟ فيه هذا الخلاف. وإلى هذا يرجع قوله: في الكتاب. "ولو حَلَفَ على المهاجرة، ففي المكاتبة تردد".

وعن ابن أبي هريرة[٤] إطلاق القول: بأن إثم المهاجرة يرتفع بالمكاتبة والمراسلة[٥].

صحيح مسلم بشرح النووي، ط٢، ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١١٧/١٦.

وأخرجه مالك من كتاب حسن الخلق، باب ماجاء في المهاجرة، الموطأ، صححه وعلق عليه، محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار احياء الكتب العربية، القاهرة، ٩٠٧/٢.

وانظر: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل- الألباني، بإشراف محمد زهير الشاويش، ط٢، ١٤٠٥ - ١٩٨٥م، المكتب الإسلامي، بيروت، ٩٢/٧ وما بعدها.

وانظر: تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ابن حجر تصحيح وتعليق. عبدا لله هاشم اليماني، ١٣٨٤هـ ١٩٦٤م، الحجاز، المدينة المنورة، ١٧١/٤.

(١) في ز "بالكتاب" وهو غير صحيح.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٢٩٦، ولمزيد من التفصيل انظر في ذلك: الحاوي ٥٢٤/١٩، ٥٢٥، تحقيق د/ محمود مطرجي، ط ١٤١٤هـ، دار الفكر، بيروت.

(٣) في ز "تعد".

(٤) هو الحسن بن الحسين. أبو علي. المشهور بابن أبي هريرة أحد أئمة الشافعية. القاضي. البغدادي. ألف "التعليق على مختصر المزني". وغيرَهُ. توفي ببغداد عام ٣٤٥هـ.

انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٢٠٦/٢ وما بعدها، تاريخ بغداد ٢٩٨/٧، الإعلام ١٨٨/٢، ابن العماد، شذرات الذهب، ط١، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، دار الفكر، بيروت، ٣٧٠/٢.

(٥) قال النووي في الروضة ٦٤/١١ "والأصح: أنه لا يزول التحريم بالمكاتبة والمراسلة". وانظر: الحاوي ٥٢٤/١٩، والوسيط ٢٤٦/٧.

ولا يخفى أن المكاتبة، إنما[١] ترفع الإثم، إذا خلت عن الإيذاء والإيحاش[٢]، وإلا، فهو كما لو كلمه بالشتم، والإيذاء، وفيه زيادة الوحشة، وتأكيد الهجرة ولا يحنثُ، بمثل هذه المكاتبة، إذا حلف على المهاجرة[٣]/ ٤٠٨/ز

ولو سَلَّمَ الحالف على الذي حلف أن لا يكلمه حنث، فإن السلام نوع من الكلام[٤].

وإن سلم على قوم وهو[٥] فيهم، وقَصَدَهُ، بالسلام فكذلك.

قال: في "البيان"[٦]. ويجيء أن لا يحنث على قول من قال: إذا حلف لا يأكل[٧] السمن، فأكله مع غيره لايحنث، وإن استثناه لفظاً، لم يحنث، وإن استثناه بالنية، فكذلك، لأن اللفظ العام، يحتمل التخصيص. وذكر فيه قول آخر.

وإن أطلق، ففيه قولان. منقول المزني – رحمه الله –: إنه لايحنث. ووجه بأن اللفظ يصلح للجميع، وللبعض فلا يحنث بالشك[٨].

---

(١) "إنما" ليست في أ.

(٢) "الإيحاش" جمع "وحشي" ومنه "الوحشة" بين الناس، وهي الانقطاع وبُعد القلوب عن المودات. المصباح ٢/٦٥١.

(٣) ولمزيد من التفصيل عن المهاجرة المحرمة، وغير المحرمة بين المسلمين. ينظر الحاوي ١٩/٥٢٤، صحيح مسلم بشرح النووي ١٦/١١٧، والروضة ١١/٦٤، ومغني المحتاج ٤/٣٤٦.

(٤) انظر تفاصيل مسألة. "حلف لا يكلمه فسلَّم عليه" ومسألة. "حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم".
شرح العناية على الهداية ٤/٤١٨، مواهب الجليل ٣/٣٠٠، الحاوي ١٩/٥٢٢، المجموع ١٨/٩١، ٩٢، الروضة ١١/٦٤، والمغني ١٣/٦١٥

(٥) "و" ليست في أ، ب، ظ.

(٦) سبق التعريف به ص ٧٩.

(٧) في: أ "لايكل".

(٨) مختصر المزني ص ٢٩٦، "لأنه غير مقصود بالكلام" ذكره في الحاوي ١٩/٥٢٢.

والثاني: يحنث رواه الربيع[١]. وهذا أظهر على ماذكره[٢] الشيخ أبوحامد[٣]، لأن ظاهر اللفظ مخاطبة الجميع.

ولو سلم عن صلاته، وفلان المحلوف عليه من المؤتمين به[٤]، ففيه هذا التفصيل.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - أنه[٥] لايحنث[٦].

ولو صلى الحالف خَلْفَ فلان فسبح به لسهوه، أو فتح عليه القرآن، لم يحنث، ولو قرأ آية فَهِمَ فلانٌ منها مقصوده، فإن قصد القراءة، لم يحنث، وإلا حنث[٧].

المسألة الثانية إذا حلف لا يتكلم فردد الشعر، أو هلل أو سبح ونحو ذلك

الثانية: إذا حلف: لا يتكلم، حنث، بترديد الشعر مع نفسه لأن الشعر كلام[٨].

---

(١) "الربيع" : بن سليمان بن عبد الجبار المرادي، المصري. أبومحمد المؤذن. صاحب الشافعي. ثقة. ألف "المختصر" المعروف باسمه.
ولد عام ١٧٤هـ، وتوفي بمصر عام ٢٧٠هـ رحمه الله.
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٦٥/١، تقريب التهذيب، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة، بيروت، ٢٤٥/١، طبقات الحفاظ، ص ٢٥٦.

(٢) في ز. "ذكر". وانظر: الحاوي ٥٢٢/١٩، والروضة ٦٥/١١، ومغني المحتاج ٣٤٥/٤.

(٣) أبوحامد: أحمد بن محمد بن أحمد الإسفراييني، المشهور بالشيخ أبي حامد، أحد أئمة الشافعية. مشهور بالعلم، عظيم المكانة، ألف "الرونق: وغيره.
ولد في إسفرايين عام ٣٤٤هـ وتوفي ببغداد عام ٤٠٦هـ.
انظر: طبقات الشافعية ١٧٢/١، تاريخ بغداد ٣٦٨/٤، ياقوت الحموي، معجم البلدان، دار صادر، بيروت، ١٧٨/١.

(٤) "به" ليست في ز.

(٥) "إنه" ليست في ز.

(٦) انظر: شرح العناية على الهداية ٤١٨/٤.
وكذلك الحكم عند المالكية والحنابلة. بأنه لايحنث. انظر: مواهب الجليل٣٠١/٣، والمغني ٦١٦/١٣.

(٧) انظر: الروضة ٦٥/١، ومغني المحتاج ٣٤٦/٤.

(٨) اتفاقاً في المذهب. انظر: الوسيط ٢٤٦/٧، والروضة ٦٥/١١.

ولا يحنث، بالتهليل، والتسبيح، والتكبير، لأن اسم الكلام عند الإطلاق، ينصرف إلى كلام الآدميين في محاوراتهم، وفيه، وجه: أنّه يحنث، لأن [الجُنُبَ][١] غيرُ ممنوع منها، فهي كسائر الكلام. والدعاء، في معنى التسبيح.

ولا يحنث بقرآءة القرآن[٢]، وبه قال: أحمد[٣]. وعن أبي حنيفة[٤]: أن جميع ذلك إن كان في الصلاة لم يقتض الحنث، وإن كان خارج الصلاة، حنث[٥].

المسألة الثالثة إذا حلف لَيُثْنِيَن على الله تعالى أحسن الثناء ونحو ذلك

الثالثة: إذا حلف: لَيُثْنِيَنَّ على الله تعالى أحسن الثناء، فطريق البر، أن يقول: "لا أُحصي ثناءً عليك، أنت كما أثنيت على نفسك" وزاد إبراهيم المرورذي[٦] في آخره "فلك الحمد حتى ترضى"

وصَوَّرَهُ[٧] في "التتمة"[٨]: فيما إذا قال: "لأُثْنِيَنَّ على الله بأجل الثناء، وأعظمه، وزاد في أول الذكر "سبحانَكَ". ثم وجَّهَه: بأنَّ أجلَّ الثناء: ثناءُ الله تعالى،

---

(١) في النسخ "الحنث" وهو خطأ وما أثبتناه بين المحصورتين من الروضة ١١/٦٥ وهو الصحيح والله أعلم.

(٢) انظر: المصدرين السابقين، والمجموع ١٨/٩٢ و ٩٣، ومغني المحتاج ٤/٣٤٥.

(٣) انظر: المغني ١٣/٦١٦ و ٦١٧.

(٤) "وعند أبي حنيفة" ليست في ب، ظ.

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية ٢/٨٤، وانظر: فتح القدير ٤/٤٢٠، والدُرّ المختار ٣/٧٩٤، ط٢، دار الفكر، بيروت.

(٦) هكذا ورد - إبراهيم المرورذي في جميع النسخ. وعند النووي في الروضة١١/٦٥، مسألة الثناء على الله - "إبراهيم المروزي" - بالزاي المعجمة.
وهو إبراهيم بن حمد بن محمد، المرورذي أبو إسحاق ويخفف فيقال: "المروذي". الإمام العلامة أحد أئمة الشافعية "له تعليقة مبسوطة"، وقف عليها الرافعي، وكرر النقل منها. ولد عام ٤٥٣هـ، وتوفي عام ٥٣٦هـ عن ٨٣ عام - رحمه الله-.
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٩٨ - ٢٩٩، وابن هداية الله ص ٢٠٤.

(٧) في أ ، ب ، ظ "وصور".

(٨) "التتمة": أي "تتمة الإبانة" كتاب في الفقه الشافعي وصل فيه مؤلفه إلى الحدود. وهو لعبدالرحمن بن مأمون النيسابوري، أبو سعد المتولي. صاحب "التتمة على إبانة شيخه الفوراني". والمتولي أحد أئمة الشافعية الرفعاء ولد بنيسابور عام ٤٢٦ وقيل ٤٢٧هـ، وتوفي عام ٤٧٨هـ.

=

على نفسه، ويحْسنُ أن يقال: الاعتراف بـالعجز، و[1] القصـور، عـن الثنـاء والحوالـة على ثنائه على نفسه أحسن الثناء وأبلغُهُ.

ولو قال: " لأحْمَدَنَّ ا لله بمجامع الحمد".

وقال: في "التتمة": بأجل التحاميد، فطريق البر، أن يقولَ: "الحمـد لله حمـداً، يوافي نعمـه، ويكـافئ مزيـده". يـروي[2] أن جـبريل، علَّـم آدم عليهمـا السـلام هـذه الكلمات، وقال: "قد علمتك بمجامع الحمد"[3].

= انظـر: طبقـات الشـافعية للسـبكي ٢٢٣/٣ - ٢٢٤، طبقـات الشـافعية لابـن قـاضي شـهبة ٢٤٧/١ - ٢٤٨.

(١) "و" ليست في أ، ب ، ظ.

(٢) في ز "ويروى".

(٣) قال ابن الصلاح في مشكل الوسيط ٢٤٧/٧ "إذا قال لأحْمَدَنَّ ا لله بمجامع الحمد، فليقل ما علمه جبريل آدم عليهما السلام" : "الحمد لله حمداً يوافي نعمـه، ويكـافي مزيـدة" هـذا فـرعٌ ذكره غير واحدٍ من أصحابنا الخرسانيين المتأخرين. وفيه نظر، وله مستندٌ ضعيف الإسناد غير متصل رويناه عن محمد بن النضر. قال: قال آدم عليه السلام: يارب شـغلتني بكسـب يـدي، فعلمني شيئاً فيه مجامع الحمد، والتسـبيح. فـأوحى ا لله تعـالى إليـه "يـاآدم إذا أصبحـت، فقـل ثلاثاً، وإذا أمسيت فقل ثلاثاً: الحمد لله رب العالمين حمداً يوافي نعمه، ويكافي مزيده، فذلـك مجامع الحمد والتسبيح".

ثم قال: والحمد يتضمن التسـبيح، فـإن الحمـد يطلـق علـى مطلـق الثنـاء، وقـد قـال سـبحانه وتعـالى: "يسـبحون بحمـد ربهـم" غـافر، ٧. وقولـه: "يـوافي نعمـه"، أي يلاقــي نعمــه، أي يستجلبها، فتحصل معه. وقوله: "ويكافِئ مزيده" أي يساوي مزيـد النعـم والإحسـان الـذي يقتضيه الشكر. وا لله أعلم" وانظر الروضة ٦٦/١١.

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٧١/٤، تصحيح وتعليق السيد عبد ا لله هاشم اليمـاني المدني، ١٣٨٤هـ، "قال ابن الصلاح في كلامه على الوسيط: ضعيـف الإسـناد، منقطـع غـير متصل. قلت: فكأنه عثر عليه حتـى وصفـه، وأمـا النـووي فقـال في الروضـة في مسـألة حـلِّ الحمد: ما لهذه المسألة دليل معتمد، ثم وجدته عن ابن الصلاح في أماليه بسنده إلى عبد الملك بن الحسن عن أبي عوانة، عن أيوب بن إسحاق بن سافدي عن أبي نصر التمـار، عـن محمـد بن النضر قال: قال آدم يارب شغلتني بكسب يدي، فعلمني شيئاً فيه مجامع الحمد والتسبيح، فأوحى ا لله إليه ياآدم إذا أصبحت فقل ثلاثاً، وإذا أمسيت فقل ثلاثاً: الحمد لله رب العـالمين حمداً يوافي نعمه ويكافي مزيده، فذلك مجامع الحمد والتسبيح. وهذا معضل".

ولو قال: لأُصَلِّيَنَّ على النبي صلى ا لله عليه وسلم. أفضَل الصلاة عليه(١).

فطريق البر، أن يقول: "اللهم صلى على محمد، وعلى آل محمد، كلما ذكره الذاكرون، وكلما سها عن ذكره(٢) الغافلون" ذكره إبراهيم المرورودي.

المسألة الرابعة إذا حلف لا يصلي فمتى يحنث

الرابعة: وليست من شرط هذا(٣) النوع إذا حلف، لا يصلي، فمتى يحنث(٤)؟ فيه ثلاثة أوجه: أصحها(٥): أنه يحنث، بالتحرُّم بالصلاة، لأنه يُسَمَّى حينئذٍ، مصلياً.

والشروع هو المراد من فعله(٦) صلى ا لله عليه وسلم في حديث إمامة جبريل(٧) عليه السلام. "صلَّى بي الظُّهرَ حِينَ زَالَتِ الشَّمْسُ"(٨).

(١) مسألة الصلاة على النبي صلى ا لله عليه وسلم قال عنها الإمام النووي في الروضة ١١/٦٦.
". . وأما مسألة الصلاة على النبي صلى ا لله عليه وسلم، فقد ذكرها إبراهيم المروزي وحده، وقد يستأنس لذلك: بأن الشافعي كان يستعمل هذه العبارة، ولعله أول من استعملها، ولكن الصواب والذي ينبغي أن يجزم به أن أفضل مايقال: عُقْيب التشهد في الصلاة: اللهم صل على محمد، وعلى آل محمد، كما صليت على إبراهيم ... إلى آخره...".
فقد ثبت في الصحيح: أنهم قالوا يارسول ا لله: كيف نصلى عليك، فقال: قولوا: اللهم صلِّ على محمد إلى آخره. وا لله أعلم.
وانظر: صحيح مسلم بشرح النووي ٤/١٢٣.

(٢) في أ ، ب ، ظ "سها عنه".

(٣) "هذا" ليست في أ، ب ، ظ.

(٤) انظر: تفصيل آراء الفقهاء، الهداية ٢/٩١، والمجموع ١٨/٩٦ - ٩٧، والمقنع، ط١، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، دا ر الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص ٢١٨. والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، صححه وحققه محمد حامد الفقي، طذ، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان ١١/٦٤.

(٥) في ب. "أحدها". وانظر: الوسيط ٧/٢٤٧، والروضة ١١/٦٦، ومغني المحتاج ٤/٣٤٦.

(٦) في ز "قوله".

(٧) في ز : "إمامة أن جبريل".

(٨) الحديث صحيح، وهو ماورد من حديث ابن عباس رضي ا لله عنهما قال: قال رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم "أمَّنِي جبريل عليه السلام، عند البيت مرتين، فصلى بي الظهر حين زالت الشمس، فكانت بقدر الشراك" الحديث أخرجه أحمد في مسنده - إعداد - أبوهاجر محمد السعيد زغلول، ط١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١/٣٣٣، ٣٥٤، ٣/٣٠، وأبوداود: في سننه، مراجعة وتعليق محمد محي الدين
=

والثاني: ويُحْكَى عن ابن سريج[١]: أنه لايحنثُ، حتَّى يركع، فإذا ركع[٢]، فقد أتى بمعظم الركعة[٣]، فتقام[٤] مقام الجميع[٥].

والثالث: لا نحكم بالحنث، مالم يفرغ، لأنَّها قد تَفْسُدُ قبل التمام، فيخرج عن أن يكون مصلياً، ولذلك قلنا: في ألفاظ العقود: إنَّها تقع على الصحيح دون الفاسد، وعلى هذا، فلو أفسدها بعد الشروع، لم يحنث، وعلى الأول، هو[٦] حانث. وإن أفسد. وعلى الثاني، كذلك، إن[٧] كان الإفساد، بعد الركوع، ولا نقول: إن اللفظ يقع على الصحيح، والفاسد، ولكن ذكرنا أن الشارع في الصلاة، يُسَمَّى مصلياً، فيعتبر أن يكون الشروع صحيحاً، حتى لو تحرَّم مع الإخلال، ببعض الشروط[٨]، لا نحكم بالحنث.

ولو قال: ما صليتُ، وقد أتى بصورة الصلاة الفاسدة، لانقول: بالحنث. ولا يجيء الوجه الثاني إذا صلى على جنازة.

= عبدالحميد، دار الفكر، بيروت، لبنان، من كتاب الصلاة، باب في المواقيت ١/١٠٧، حديث ٣٩٣، والترمذي، في سننه، ط٢، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، دار الفكر، بيروت، من أبواب الصلاة، باب ماجاء في مواقيت الصلاة، ١/١٠٠ - ١٠١، وقال: "وحديث ابن عباس حديث حسن صحيح".
وانظر: تلخيص الحبير ١/١٧٣، وإرواء الغليل ١/٢٦٨.

(١) ابن سريج: أحمد بن عمر، أبوالعباس، القاضي، البغدادي المشهور، بابن سريج، حامل لواء الشافعية في زمانه، وناشر المذهب، صاحب المؤلفات العديدة التي تزيد على أربعمائة مصنف ولد ببغداد عام ٢٤٩هـ. وتوفي ببغداد عام ٣٠٦هـ رحمه الله.
انظر ترجمته: طبقات الشافعية، ابن قاضي شهبة ١/٩٠، طبقات الحفاظ، ص ٣٣٩، تاريخ بغداد ٤/٢٨٧.

(٢) "فإذا ركع" ليست في ب، ظ.

(٣) "معظم الركعة": يعني بسجدتيها.

(٤) في: أ "فيقام".

(٥) ووافقه في ذلك من الحنابلة أبوالخطاب. انظر: الإنصاف ١١/٦٤، والمجموع ١٨/٩٦.

(٦) "هو" ليست في ب.

(٧) في ب، ظ "وإنْ".

(٨) في ب، ظ "الشروع".

ولو[1] لم يجد ماء، ولا تراباً، وصلى[2]، يحنث، لأنَّها تعدُّ صلاة. وإن وجب القضاء، إلا أن يريد الصلاة المجزئة.

ولو قال: لا أصلي صلاة، لم يحنث، حتى يفرُغ[3].

ولو حلف[4] لايصوم، فيحنث، بأن يصبح صائماً، أو ينوي صوم التطوع ضُحَى، أولا يحنث، حتى يتم؟ فيه الخلاف[5].

وإذا قلنا: لايحنث حتى يفرغ، فقد ذُكر وجهان[6]: في أنَّا هل نتبين إستناد الحنث إلى الأول؟

وقوله في الكتاب: "ثم تحرَّم بالصلاة، حنث"، مُعْلَّمٌ، بالحاء، لأن عنده[7] لايحنث[8] حتى يسجد"[9].

[**قال: الغزالي] النوع السادس:[10] في تأخير الحنث، وتقديمه: فإذا قال: لآكلن[11] هذا الطعام غداً، فأخرَّ حَنِثَ، وإن تلف الطعام[12] قبل الغد، أو مات الحالف، فقد تعذر البر[13]، لاباختياره، فيُخَرَّجُ على قولي الإكراه.**

---

(١) "لو" ليست في ب.

(٢) "وصلى" ليست في ز.

(٣) انظر الروضة ١١/٦٦، ومغني المحتاج ٤/٣٤٦.

(٤) "حلف" ليست في أ.

(٥) الخلاف الذي سبق في المسألة التي قبلها، وهي "حلف لا يصلي، فمتى يحنث؟" ص **٨٧**.

(٦) في ب، ظ "وجها". وانظر الروضة ١١/٦٧.

(٧) "عنده" أي عند الإمام أبي حنيفة. وقد سبق بيان ذلك في أول المسألة.

(٨) "لايحنث" ليست في أ.

(٩) قال النووي في الروضة ١١/٦٦ "وينبغي أن لايحنث بسجود الشكر والتلاوة والطواف، ويحنث بالصلاة بالإيماء، حيث يحكم بصحتها. والله أعلم".

(١٠) من الباب الثالث: "فيما يقع به الحنث".

(١١) في أ "لا آكل" وهو خطأ بَيِّنٌ.

(١٢) "الطعام" ليست في أ.

(١٣) "البر" ليست في ب، ظ.

ولو تلف في أثناء الغد، بعد التمكن، من الأكل فلزوم الكفارة، ويُلْتَفَتُ إلى[١] الخلاف[٢] في أنَّ[٣] من مات، ولم يصلِّ في أثناء الوقت، هل يَعْصِي؟.

ولو قال: لأقضينَّ حقك غداً، فأبراه المستحِق، فقد فات البر، بغير[٤] اختياره، وإن مات المستحق وفيَّ بالتسليم إلى الورثة[٥]. وإن مات الحالف، فقد فات بغير اختياره، فعلى القولين.

ولا ينفذ[٦] حكم الحنث، بعد الموت، إذا سبق[٧] اليمين[٨] في الحياة".

[فصل في تأخير الحنث وتقديمه]

الصورة الأولى إذا حلف ليأكلن هذا الطعام غداً ونحو ذلك.

[قال الرافعي] في الفصل: صورتان متقاربتا[٩] المدرك .

إحداهما: حلف ليأكلن هذا الطعام غداً. فلا يخفى البر، إن أكله غداً، والحِنِثِ، إن أخرَّ أكله عن الغد، مع الإمكان.

وإن تلف الطعام قبل مجيء الغد، بنفسه، أو بإتلاف أجنبي، فقد فات البر، بغير اختياره. فيُخرَّج الحنث، على قولي الإكراه[١٠].

---

(١) في أ "على".
(٢) "الخلاف" ليست في أ، ب، ظ.
(٣) "أنَّ" ليست في أ.
(٤) في أ ، ب "بخلاف".
(٥) في ز "الوارث".
(٦) في: أ "لا يبعد".
(٧) في أ ، ظ "تسبق".
(٨) في ب "التمكن"
(٩) في ز "متقاربتي" وهو خطأ.
(١٠) " ما إذا حلف باختياره، ثم أكره على الحنث. فعلى قولين:
أحدهما: أنه يحنث، لأنه فعل ما حلف عليه. فحنث، وهو مذهب الحنفية: انظر المبسوط ١٣٠/٨.
٢ - لا يحنث، لما صح عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".

=

وعن القاضي أبي حامد[١] - رحمه الله -: أن الأظهر أنه لايحنث. ويقال: إنه المنصوص[٢].

فإن قلنا: يحنث، فيحنث في الحال، لحصول اليأس، عن البر، أو بعد مجيء الغد، لأنه وقت البر، والحنث؟ فيه قولان[٣]. أو وجهان.

والذي أورده القاضي - ابن كج -[٤] رحمه الله: هو الثاني، والخلاف، كالخلاف فيما لو حلف، ليصعدنّ، السماء، غداً، وقد سبق[٥].

قال: في التتمة[٦]: وفائدة الخلاف، أنه لو كان معسراً، يُكَفِّرُ، بالصوم، فيجوز أن ينوي صوم الغد، عن كفارته، إن قلنا: يحنث قبل مجيء الغد[٧].

= ولأن الإكراه لا يدخل في اليمين، كما لا يدخل في الأمر، والنهي في خطاب الله عز وجل، وخطابِ رسولِهِ صلى الله عليه وسلم، وإذا لم يدخل في اليمين لم يحنث به، ولأن فوت البر ليس باختياره". والله أعلم.
ذكره في: مغني المحتاج ٤/ ٣٤٤، وانظر الحاوي ٤٣٣/١٩.

(١) هو: أحمد بن بشر بن عامر. المروروذي. ويخفف فيقال المروذي - المشهور بالقاضي أبي حامد، أحد أئمة الشافعية له الباع الطويل في الفقه الشافعي. وكان إماماً وعمدة لأصحاب الشافعي ألف: "شرح مختصر المزني"، "والجامع" وغيرَهما، توفي عام ٣٦٢هـ.
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٣٧/١، معجم البلدان ١١٢/٥، شذرات الذهب ٤٠/٣.

(٢) انظر: المختصر ص ٢٩٤، والحاوي ٤٣٣/١٩، والوسيط ٢٤٨/٧، والروضة ٦٧/١١، ومغني المحتاج ٣٤٤/٤.

(٣) انظر: الوسيط ومشكل الوسيط ٢٤٨/٧، والروضة ٦٧/١١، ومغني المحتاج ٣٤٤/٤.

(٤) هو: يوسف بن أحمد، القاضي، الدينوري أبو القاسم. المشهور بالقاضي ابن كج. أحد أئمة الشافعية المشهورين، وحفاظ المذهب. انتهت إليه الرئاسة ببلاده في المذهب. ألف: "التجريد" وغيره. توفي عام ٤٠٥هـ - رحمه الله -.
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٩٨/١ - ١٩٩، وشذرات الذهب ١٧٧/٣، وطبقات الشافعية للحسيني، ص ١٢٦.

(٥) وهي: "لو حلف: ليصعدن السماء غداً، فهل يحنث؟ فيه وجهان:
الأول: يحنث في الحال، لتحقق اليأس.
والثاني: لايحنث حتى يأتي الغد. وهو الأصح والذي قطع به ابن كج.
ذكره في: مغني المحتاج ٣٤٥/٤، وانظر الروضة ٣٤/١١.

(٦) سبق التعريف به، ص٨٥.

(٧) قال ابن الصلاح في مشكل الوسيط ٢٤٨/٧ "فإن أكل الطعام قبل الغد حنث، لكن =

وإن قلنا: يحنث[1] بعد مجيء الغد، فلا يجوز، لأن التكفير بالصوم، لا يُقدَّمُ على الحنث.

وإذا قلنا: يحنث، بعد مجيء الغد [فهل يحنث][2] إذا مضى من أول الغد، وقت إمكان الأكل، أو قبيل غروب الشمس؟ فيه وجهان:

أصحهما: عند صاحب التهذيب[3] - رحمه الله - الأول[4].

ولو مات الحالف قبل مجيء الغد ففي الكتاب تنزيله منزلة تلف الطعام، حتى يكون على الخلاف المذكور[5]. وسيجيء وجهه[6] في الصورة الثانية من الفصل. والذي يقتضيه ايراد صاحب "التهذيب" والقاضي ابن كج وغيرهما

= الكفارة تلزمه في الوقت أو غدٍ؟ فيه خلاف" هذا يوهم القطع بتقديم الحنث في الوقت، وأجرى الخلاف في تأخير لزوم الكفارة إلى غدٍ، وليس كذلك قطعاً، بل وجوب الكفارة يلازم وجود الحنث. والمذكور في غير هذا الكتاب "هل يحنث في الوقت أو في غدٍ؟ فأقول: قوله أولاً: "حنث" المراد إثبات حنثه على الجملة من غير تعرض لوقته، ثم ذكر الخلاف في وقت الحنث تعبيراً عنه بلزوم الكفارة لتلازمها، فاعلم ذلك، والله أعلم.
وفائدة هذا الخلاف تظهر فيما إذا كان معسراً يكفر بالصيام، جاز أن ينوي صوم الغد عن كفارته، على القول بأنه يحنث قبل الغد". انظر: هامش الوسيط ٧/٢٤٨، والروضة ١١/٦٧. وانظر: مغني المحتاج ٤/٣٤٤.

(١) "يحنث" ليست في ز.

(٢) "فهل يحنث" ليست في ب، ز ، ظ.

(٣) هو: الحسين بن مسعود بن محمد، أبومحمد المشهور بالبغوي وأحياناً بابن الفراء، وتارة بالفراء، العلامة محي السنة أحد الأئمة في التفسير، والحديث، والفقه له عدة مؤلفات منها "التهذيب" الذي يشهر به أحياناً، لخّصه من تعليق شيخه وهو تصنيف متين، محرر عار عن الأدلة وهو مطبوع وله غير ذلك من المؤلفات توفي بمرو الروذ، عام ٥١٦هـ رحمه الله.
انظر: ترجمته، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٨١، شذرات الذهب ٤/٤٨.

(٤) أي يحنث إذا مضى من الغد وقت إمكان الأكل. وهو المذهب. انظر نهاية المحتاج ٨/١٩٥.

(٥) على قولي الإكراه - يحنث - لا يحنث. والمذهب أنه لا يحنث. انظر: المجموع ١٨/١٠٢، الروضة ١١/٦٨، ومغني المحتاج ٤/٣٤٤.

(٦) في أ ، ب ، ظ، "وجهٌ".

- رحمهم الله - القطع بأنه لايحنث[١] لأنه لم يبلغ زمان البر، والحنث[٢].

وقضية هذا: أن يُفرق بين موته، وبين تلف الطعام بعد مجيء الغد، وقبل التمكن من الأكل. ووفىَّ بهذه القضية، صاحب "التتمة". لكن في "التهذيب" وغيرِهِ، إلحاق موت الحالف بعد مجيء الغد[٣] بتلف الطعام، في التفصيل الذي نذكره[٤].

ولو تلف الطعام أو بعضُهُ بعد مجيء الغد. نُظِرَ، إن كان ذلك قبل التمكن من الأكل، فهو على الخلاف المذكور في تلف الطعام قبل الغد. وإن تلف بعد التمكن من الأكل، أو مات الحالف فطريقان:

أحدهما: القطع بالحنث.

لأنه تمكن من البر، و لم يفعل، فصار كما لو قال: لآكلن هذا الطعام، وتمكن من أكله، فلم يأكل حتى تلف، فإنه يحنث[٥]

والثاني[٦]: ويحكى عن ابن سريج - رحمه الله - طرد الخلاف؛ لأن جميع الغد، وقتٌ للأكل، فليس هو مقصراً، بالتأخير. وربما خُرِّجَ ذلك على الخلاف في أنَّ من مات في أثناء الوقت و لم يصلِّ، هل يكون عاصياً؟

لأن التأخير عن أول الغد جائز[٧]، كتأخير الصلاة عن أول الوقت. واعتذر من قال: بهذا الطريق عن الحنث فيما إذا قال: لآكلن[٨] هذا الطعام، وأطلق، ثم أخَّر مع التمكن حتى تلف الطعام، بأنه ليس هناك لجواز التأخير وقت مضبوط، والأمر فيه

---

(١) في أ "لاحنث".
(٢) وهو المذهب. "ولأنه لم يفوت البر باختياره" نهاية المحتاج ١٩٥/٨.
(٣) "بعد مجيء الغد" ليست في أ.
(٤) قال في مغني المحتاج "ومحل الخلاف في صورة الموت إذا لم يكن يقتل نفسه، فإن قتل نفسه حنث كما قاله البلقيني" ٣٤٤/٤.
(٥) وهو المذهب. انظر: الوسيط ٢٤٨/٧، والروضة ٦٨/١١، ونهاية المحتاج ١٩٥/٨.
(٦) "أي أنه لايحنث".
(٧) " جائز" ليست في ب، ظ.
(٨) في أ "لا آكل" وهو خطأ.

موكول[1] إلى اجتهاد الحالف، فإذا مات بأن خطؤه وتقصيره. وهاهنا الوقت مقدر مضبوط، وهو في مهلة من التأخير إلى تلك الغاية. ولهذا نقول: من مات في أثناء الوقت قبل أن يصلي لايعصي[2] على الأظهر[3]. ومن أخَّر الحج عن أول الإمكان، ومات[4] قبل أن يحج يعصي على الأظهر[5].

والطريقة الثانية: أشبه عند "الروياني"[6] - رحمه الله - لكنَّ الأظهرَ، وإن ثبت الخلاف، أنه يحنث هاهنا لتفويته البر بالاختيار، كذلك ذكره صاحب الكتاب - رحمه الله- "في الوسيط"[7]، وإليه ميل الأكثرين[8] - رحمهم الله - وهو

---

(١) "موكول" ليست في أ ، ب ، ظ.

(٢) في أ ، ز "يقضي" وهو خطأ.

(٣) وقال في الوسيط ٢٤٨/٧ "والصحيح أنه لا يعصي، لأن الوقت فسحة التأخير". وانظر: الروضة ٦٨/١١، ومغنى المحتاج ١٢٥/١.

(٤) "ومات" ليست في ز.

(٥) قوله "من مات في أثناء الوقت، قبل أن يصلي، لايقضي على الأظهر، ومن أخر الحج ... يقضي على الأظهر".
قال في مغني المحتاج "فإن أخرها مع العزم على ذلك ومات في أثناء الوقت لم يعص، بخلاف الحج، إذا مات بعد التمكن من فعله، و لم يفعله، لأن الصلاة لها وقت محدود، و لم يقصِّرَ بإخراجها عنه ... وأما الحج فآخر وقته غير معلوم فأبيح تأخيره ... والأفضل أن يصليها أول وقتها" ١٢٥/١. وانظر الوسيط ٢٤٨/٧، والروضة ٦٨/١١.

(٦) هو عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد، أبو المحاسن. المشهور بالرُّوْياني تارة وأخرى بصاحب "البحر" فخر الإسلام، قاضٍ من كبار فقهاء الشافعية في زمنه. نُقِلَ عنه أنه قال: "لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي".
ألف "بحر المذهب" و "حلية المؤمن" و "جمع الجوامع" وغيرَهَا ولد بِرُوْيَان بطبرستان عام ٤١٥هـ، وتوفي عام ٥٠٢هـ.
انظر ترجمته: تهذيب الأسماء واللغات، النووي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٧٧/٢، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٨٧/١، وابن هداية اللة ص ١٩٠، ومعجم البلدان ١٠٤/٣.

(٧) الوسيط: كتاب في الفقه الشافعي، يقع في ٤ مجلدات تقريباً، من الكتب المعتمدة. يذكر فيه مؤلفه الآراء الفقهية مع الأدلة. وهو مختصر من كتاب "البسيط" مؤلفه حجة الإسلام الإمام الغزالي ت ٥٠٥هـ. اهتم به علماء الشافعية شرحاً وتعليقاً وتخريجاً وهو الآن مطبوع في ٧ أجزاء.
انظر: كشف الظنون ١٠٠٨/٢، وطبقات الشافعية للسبكي ١١٦/٤.

(٨) انظر: الوسيط ٢٤٨/٧، الروضة ٦٨/١١، ونهاية المحتاج ١٩٥/٨.

الجواب في "التهذيب".

وإذا قلنا: به فيحنث في الحال، أو قبيل غروب الشمس؟ فيه الوجهان[١].

وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه لايحنث مالم يمض جميع الغد.

وفي اليمين المطلقة قال: يحنث، وإن تلف الطعام قبل الإمكان[٢]. وإن أتلف الحالف[٣] الطعام قبل مجيء الغد بالأكل وغيره، أو أتلف بعضه، حنث؛ لأنه فوت البر بنفسه مختاراً.

وقال مالك، وأبوحنيفة، وأحمد - رحمهم الله - إذا أكله لم يحنث[٤] والقول عندنا في أنه يحنث في الحال، أو بعد مجيء الغد على ما مرّ في التلف.

ولو قال: لآكلن هذا الطعام، إلى الغد، فتلف قبل الغد، وبعد التمكن يحنث[٥]، ومتى يحنث، أيحنث إذا[٦] تلف، أو إذا جاء أول الغد؟

قال: الصيدلاني[٧]: رحمه الله - فيه وجهان.

ولو قال: لآكلن هذا الطعام اليوم فيقاس الحكم بما ذكرنا فيما إذا قال: غداً.

---

(١) هما: الأول: في الحال بتحقق اليأس.
الثاني: بعد الغروب. وهو المذهب.
انظر: الروضة ٣٤/١١، ومغني المحتاج ٣٤٥/٤.

(٢) شرح العناية على الهداية ٤١٣/٤. وشرح متن الوقاية، لصدر الشريعة ٢٦٦/١.

(٣) " الحالف" ليست في: ب، ظ.

(٤) انظر ذلك. المبسوط للسرخسي، ط١، ١٤١٤هـ، دار الكتب، بيروت ١٣١/٨، والهداية ٧٢/٢، والشرح الكبير - للدرديري، دار الفكر، بيروت، ١٣٢/٢، ومنتهى الإرادات، لابن النجار، تحقيق عبد الغني عبد الحق، عالم الكتب، ٥٣٥/٢.

(٥) قولاً واحداً. انظر: الروضة ٦٨/١١، ومغني المحتاج ٣٤٥/٤.

(٦) في أ، كما.

(٧) الصيدلاني: محمد بن داود بن محمد، أبوبكر المروزي، المشهور بالصيدلاني. نسبة إلى بيع العطر. وأحياناً بالداودي. نسبة لأبيه داود.
قال عنه ابن هداية الله: "وكان إماماً في الفقه، والحديث، وله مصنفات جليلة" منها "شرح على المختصر" في جزأين. أما عن وفاته فلم يُحَدِّد أحد من أهل التراجم وفاته. وإن كان البعض قد حصر ذلك بين عام ٤٢٧ - ٤٣٠هـ تقريبا. والله أعلم.
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢١٤/١، وابن هداية الله الحسيني ص ١٥٢.

الصورة الثانية إذا قال: وا لله لأقضينّ حقك، ومات قبل القضاء، ونحو ذلك.

الصورة الثانية: إذا قال: وا لله لأقضين حقك، ومات قبل القضاء. نُظِرَ: إن تمكن من قضائه فلم يفعل، فهو حانث، وإن مات قبل التمكن، فهو على قولي الإكراه[(١)].

كذلك نقل صاحب "التهذيب"[(٢)]، وإبراهيم المروذي[(٣)]، وغيرهما وجزم أبوسعد المتولي[(٤)]. بأنه لايحنث إذا مات قبل التمكن، لأن الحقوق الشرعية، لا تثبت في الذمة ولا تَسْتَقِرُّ إلا بعد التمكن، فكذلك البر[(٥)] المستحق بحكم اليمين تستدعي التمكن.

ولو قال: لأقضين حقك غداً، ومات قبل دخول الغد أو بعده، وقبل التمكن، فمن أثبت القولين فيما إذا أطلق و لم يقيد بالغد، أثبتهما[(٦)] هاهنا، ومن جزم بالمنع، جزم هاهنا أيضاً.

وإن مات بعد التمكن فتجيء فيه الطريقتان[(٧)] المذكورتان، في الصورة الأولى[(٨)].

وموت الحالف، لايقتضي الحنث، لاعند الإطلاق، ولا عند التقييد بالغد؛ لأنه يمكن قضاؤه بالدفع إلى الورثة، هكذا أطلق.

ويجوز أن يقال: قوله "لأقضين حقك" يقتضي أن يكون المقضي حقه، والمقضي بعد موته حقُّ الورثة لا حقه، فليكن هذا كما لو قال: لأقضينَّك حقك.

---

(١) الأول: يحنث. والثاني: لايحنث وهو الأصح. لعدم تمكنه.
انظر: الروضة ٦٨/١١، مغني المحتاج ٣٤٤/٤، ونهاية المحتاج ١٩٥/٨.

(٢) صاحب "التهذيب"، هو البغوي. وقد سبق التعريف به ص ٩٢

(٣) سبق التعريف به ص٨٥، وهو المرورذي وهنا خفف. فقيل: المروذي.

(٤) سبق التعريف به ص٨٥.

(٥) "البر" ليست في ب.

(٦) في: ز "أثبتها"، وهو غير صحيح.

(٧) في أ "الطريقان". وفي ب "الطريقان المذكوران".

(٨) الأولى: القطع بالحنث. وهو المذهب. والثانية. عدم الحنث. انظر: الروضة ٦٨/١١، ونهاية المحتاج ١٩٥/٨.

ولو قال: لأقضينّ[١] حقك غداً[٢]، فهو كما لو قال: لآكلن هذا الطعام غداً، فطريق[٣] البر، والحنث ظاهر، وموت صاحب الحق ههنا كتلف الطعام. فإن مات قبل مجيء الغد، أو بعده وقبل أن يتمكن من القضاء، فهو على القولين، في الإكراه، وإن مات بعد التمكن ففيه الطريقتان السابقتان[٤]. وإذا[٥] قلنا: بالحنث، فيحنث في الحال، أو بعد مجيء الغد؟ فيه القولان[٦]. وموت الحالف، والصورة هذه قبل مجيء الغد، وبعده على مابينا في الصورة الأولى.

وقوله في الكتاب: "ولا يبعد حكم الحنث" أراد به[٧]، إذا مات قبل مجيء الغد، فيدخل وقت الحنث، وهو ميِّت لكنه إذا سبق اليمين في الحياة، وهي السبب الأول، لم يبعد أن يحنث وهو ميِّتٌ، كما لو حفر بئراً متعدياً، فتردَّى[٨] فيها إنسان بعد موته يلزمه الضمان، والكفارة في ماله.

وإن قضاه قبل مجيء الغد، فقد فوت البر على نفسه، فيحنث، إلا أن يريد أنه لايؤخر القضاء عن الغد، وهذا بمثابة إتلاف الطعام قبل الغد، ويعود فيه خلاف أبي حنيفة، ومن وافقه[٩].

ولو أبرأه صاحب الحق في هذه التصويرات. فإن قلنا: يحتاج الإبراء إلى القبول، فقبل، فقد[١٠] حنث لتفويته البر باختياره، إلا أن يريد باليمين: أنه لايمضي

---

(١) في أ ، ب ، ظ "لأقضينك".

(٢) "غداً" ليست في ب.

(٣) في ز "وطريق".

(٤) في أ ، ب ، ظ الطريقان السابقان وانظر ص٩٤

(٥) في ز "وإن".

(٦) في ز "قولان".

(٧) في: أ ، ب ، ظ "أنه".

(٨) في: ب "فتعدى".

(٩) في مسألة إتلاف الطعام قبل مجيء الغد، بالأكل، وغيره على قولين: الشافعية يرون الحنث. والحنفية والمالكية والحنابلة، يرون عدم الحنث. انظر: الوسيط ٢٤٩/٧، ومغني المحتاج ٣٤٥/٤، والروضة ٦٨/١١، والهداية ٧٢/٢، والشرح الكبير ١٣٢/٢، ومنتهى الارادات ٥٣٥/٢.

(١٠) "فقد" ليست في أ، ب ، ظ.

الغد، وحقه باق عليه. وإن لم يقبل، لم يحنث، لبقاء الدَّيْنِ وإمكان قضائه. وإن قلنا: لايحتاج الإبراء إلى القبول، سقط الدين. و[1]في الحنث قولا الإكراه. لفوات البر بغير اختياره. والهبة[2] في العين، والصلح[3] عن الدين، كالإبراء إذا قلْنا: إنه يحتاج إلى القبول.

ولو قال: لأقضينَّك حقك غداً، إلا أن تشاء أن أؤخِّرَهُ، فإن قضى من الغد، بَرَّ شاء صاحب الحق، أو لم يشأ، وإن لم يقضي، فإن شاء صاحب الحق تأخيره قبل مضي الغد، لم يحنث، وإن لم يشأ، حنث.

وكذا لو قال: إلا أن يشاء زيد[4] أن أؤخرَّهُ، إلا إذا مات صاحب الحق، قبل مجيء الغد، يكون الحِنْثُ على قولي الإكراه، وإن مات بعده، وبعد[5] التمكن يجيء فيه الطريقان.

وإن مات زيد قبل[6] مجيء الغد، أو في أثنائه، ولم يعلم مشيئته فلا يحنث في الحال، لإمكان قضاء الحق بعد موته.

ولو قال: لأقضينك حقك غداً، إلا أن تشاء أن أؤخره، فإن قضى من الغد برَّ، شاء صاحب الحق، أو لم يشأ، وإن لم يقضي، فإن شاء صاحب الحق تأخيره قبل مضي الغد، لم يحنث، وإن لم يشأ، حنث.

---

(١) "و" ليست في أ.

(٢) الهبة "العطية الخالية عن الأعواض والأغراض"، لسان العرب ١٥/٤١٠، لابن منظور، ٧١١هـ، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ، والمصباح ٢/٦٧٣. وشرعا" التمليك لعين بلا عوضٍ في حال الحياة" مغني المحتاج ٢/٣٦.

(٣) الصلح: لغة التوفيق بين القوم. المصباح ١/٣٤٥، وشرعاً: عقد يحصل به قطع النزاع. مغني المحتاج ٢/١٧٧.

(٤) "وإن لم يقضي .... إلا أن يشاء زيد" ليست في أ.

(٥) في ز "قبل". وهذا غير صحيح. انظر الروضة ١١/٧٠.

(٦) في ز "بعد". وهذا غير صحيح. انظر الروضة ١١/٧٠.

وكذا لو قال: إلا أن يشاء زيد[١] أن أؤخره، إلا إذا مات صاحب الحق، قبل مجيء الغد، يكون الحنث على قولي الإكراه، وإن مات بعده، وبعد[٢] التمكن يجيء فيه الطريقان.

وإن مات زيد قبل[٣] مجيء الغد، أو في أثنائه، ولم تعلم مشيئته فلا يحنث في الحال، لإمكان قضاء الحق بعد موته.

فإذا غربت الشمس، ولم يقض، فحينئذ يحنث.

ولو قال: لأقضيك[٤] حقك إلى الغد، إلا أن تشاء تأخيره، فينبغي، أن يقدم القضاء على طلوع الفجر من الغد، فإن لم يفعل، ولم يشأ، صاحب الحق، تأخيره لم يحنث.

فرع: لو حلف ليطلقنَّ امرأته غداً[٥] فطلقها اليوم، نُظر، إن لم يستوف الثلاث فالبرُّ ممكن، وإن استوفى[٦] فقد فوّت البر على نفسه، فيحنث. وكذا لو كانت عليه صلاة عن نذر، فحلف ليصلينّها غداً، ثم صلاها اليوم. [حنث][٧].

(قال [الغزالي]: ولو قال: لأقضين حقك عند رأس الهلال، فعليه أن يُحضر المال ويترصَّد، فإن سلم قبل الهلال، أو بعده، حنث. وقيل: له[٨] فسحةٌ في تلك الليلة ويومها.

ولو قال: لأقضينَّ حقك إلى حين لم يحنث بالتأخير إلى أن[٩] يفوت بموت أحدهما. فعند ذلك يتحقق الحنث.

---

(١) "وإن لم يقضي ... إلا أن يشاء زيد" ليست في أ.

(٢) في ز "قبل". وهذا غير صحيح، انظر الروضة ١١/٧٠.

(٣) في ز "بعد" وهذا غير صحيح، انظر الروضة ١١/٧٠.

(٤) في ب "لأقضينَّ".

(٥) "غداً" ليست في ز.

(٦) "إن استوفى" هكذا في جميع النسخ. ولعلَّ "إن استوفاه" والله أعلم. انظر: الروضة ١١/٧٠.

(٧) مابين المحصورتين منقول من الروضة ١١/٧٠، لعدم وجوده في النسخ ليستقيم المعنى.

(٨) في أ "له في".

(٩) في ب "إلا".

ولو قال: أنت طالق بعد حين، حنث، بعد لحظة).

[الفصل الثالث: وفيه مسألتان]

المسألة الأولى: إذا قال: لأقضينَّ حقَّك عند رأس الشهر ونحو ذلك.

[قال الرافعي]: فيه مسألتان: إحداهما: إذا قال: لأقضين حقك عند رأس الهلال، أو مع رأس الهلال، أو عند الاستهلال أو مع رأس الشهر، فهذه الألفاظ تقع على أول جزء من الليلة الأولى من الشهر[١]، وكلمتا "عند" و "مع" تقتضيان المقارنةَ[٢] فإن قضاه قبل ذلك، فقد فوّت البر على نفسه. ولو أخر القضاء عنه، حنث، أيضاً، فينبغي أن يَعِدَّ المال، ويترصَّده[٣] فيقضيه حينئذٍ.

وذكر "الإمام"[٤] وصاحب الكتاب - رحمهما الله - في "الوسيط"[٥] أن هذا لا يكاد يقدر عليه، فإما أن يتسامح فيه، ويقنع[٦] منه[٧] بالممكن، أو يقال: اليوم محالٌ فيحنث، بكل حال.

---

(١) أيّ "تقع عند غروب شمس آخر الشهر الذي قبله، لوقوع هذا اللفظ على أول جزء من الليلة الأولى من الشهر، ويعرف إما برؤية الهلال، أو العدد ... وهو الصحيح". انظر: الروضة ٧١/١١، ومغني المحتاج ٣٤٤/٤.

(٢) في أ "المقاربة" وهو غير صحيح، ولعله تصحيف. وقوله "وكلمتا. "عند" و "مع" تقتضيان المقارنة". انظر: مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق عبد السلام هارون، دار الكتب العلمية، اسماعيليان يحفي - إيران ١٤٥/٤، وفيروزأبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م، فصل الميم باب العين ٨٥/٣.

(٣) في أ ، ب "يترصد" "ويترصده" أي ذلك الوقت.

(٤) هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، الجويني، أبوالمعالي المشهور بإمام الحرمين، العلامة، من فقهاء الشافعية المجمع على إمامته. له مؤلفات عدة منها "نهاية المطلب في دراية المذهب، و "البرهان في أصول الفقه" وغيرهما كثير.
ولد عام ٤١٩هـ وتوفي عام ٤٧٨هـ رحمه الله.
انظر ترجمته: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٥٥/١، وطبقات الشافعية لابن هداية الله، ص ١٧٤ - ١٧٥، طاش كبرى زادة، مفتاح السعادة، ط١، ١٤٠٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٩٨/٢ - ٢٩٩.

(٥) انظر: ٢٤٩/٧، وشرح مشكل الوسيط ٢٤٩/٧.

(٦) في: ب "ويقتنع".

(٧) "منه" ليست في أ، ب.

وهذا لا ذاهب إليه، ولكن ذكر بعض الأصحاب: أنَّ له فُسحةً في الليلة الأولى، وفي يومها، لأنَّ اسم رأس الهلال، ورأس الشهر[١] يقع عليهما. ويروى هذا عن مالك - رحمه الله[٢] -، وعنه أيضاً قصر الفسحة على الليلة، وحكاه صاحب "التهذيب" عن أبي حنيفة[٣] أيضاً.

وإذا أخذ في الكيل، والوزن عند رؤية الهلال، وتأخرّ[٤] الفراغ لكثرة المال، لم يحنث[٥]، وبمثله أجيب فيما إذا ابتدأ حينئذ بأسباب القضاء، ومقدماته، كحمل الميزان.

ولو أخر القضاء عن الليلة الأولى للشك في الهلال، فبان أنها كانت من الشهر، ففي الحنث قولا[٦] حنث الناسي، والجاهل[٧].

ولو قال: لأقضين حقك أول الشهر، فهو كقوله "عند رأس الشهر" وعند استهلال الهلال.

ولو قال: أول اليوم، فينبغي أن يشتغل بالقضاء عند طلوع الفجر، وفي[٨] طريقة الصيدلاني[٩].

أن أبا حنيفة قال: هو في مهلة إلى وقت الزوال. وأنه لو[١٠] قال: في الشهر، هو في مهلة، إلى تمام الخامس عشر[١١].

---

(١) في ز "رأس الشهر، ورأس الهلال".
(٢) انظر: مختصر خليل، ص ٩٩.
(٣) انظر: المبسوط، ١٥/٩.
(٤) في ز "وأخر".
(٥) من قوله: "وتأخر إلى قوله لكثرة المال" ليست في ب، ظ.
(٦) في ب "قولان".
(٧) والمكره. وقد سبق في مسألة تلف الطعام قبل الغد. والصحيح عدم الحنث، وانحلال اليمين. انظر: الروضة ١٩٢/٨ - ١٩٣، والمجموع ١٠٢/١٨، ومغني المحتاج ٣٤٤/٤ - ٣٤٥.
(٨) "و" ليست في أ.
(٩) سبق التعريف به ص٩٥ .
(١٠) في أ "ولو قال" و "لو" ليست في ب، ظ.
(١١) انظر: المبسوط ١٦/٩ - ١٧.

ولو قال: لأقضين حقك إلى رأس الشهر، فالأظهر وإليه ذهب "المزني": أنه ينبغي أن يقضيه، قبل الاستهلال؛ لأن إلى للغاية[١]، وبيان الحدِّ كما ذكرنا: أنه لو قال: لأقضينه، إلى الغد ينبغي[٢] أن يقضيه قبل الغد، ولو قال: إلى رمضان ينبغي أن يقدم القضاء على رمضان[٣]. ومن الأصحاب من قال: إنه كما لو قال: عند رأس الهلال، وهو ظاهر ما نقله المزني؛ لأن إلى قد تكون للتحديد، وقد تكون بمعنى مع كقوله تعالى: ﴿**من أنصاري إلى الله**﴾[٤]. أي مع الله[٥]، فلا يحنث بالشك، ويخالف ما إذا قال: إلى الغَدِ، أو إلى رمضان، لأن جميع الغد، وجميع رمضان، لا يقارنهما القضاء. فحمل اللفظ لهذه القرينة، على الغاية.

المسألة الثانية: لو قال: لأقضينَّ حقك إلى حين، لم يختص ذلك بزمان مقدر، بل يقع لفظ الحين على القليل والكثير، كما بينّا في الطلاق، فيكون بمثابة قوله، لأقضين حقك، فمتى قضاه برَّ، وإنما نحكم بالحنث إذا مات قبل أن يقضيه مع التمكن[٦]. ولو قال: إلى زمان أو دهر[٧]، أو حُقْبٌ[٨] أو أحقاب، فكذلك جميع العمر مهلته. المسألة الثانية: لو قال: لأقضينَّ حقك إلى حينٍ.

---

(١) في: أ، ب "الغاية" وهو غير صحيح.
و "إلى" "حرف جر يأتي لانتهاء الغاية زمانية ومكانيةً". انظر القاموس المحيط ٤/٤٠٦، باب الألف اللينة، وأوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك لابن هشام، ط٥، ١٩٦٦م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢/١٤٢.

(٢) وهو الأصح، ذكره النووي في الروضة ١١/٧١.

(٣) وهو الأصح، ذكره النووي في الروضة ١١/٧١.

(٤) سورة الصف، من آية ١٤.

(٥) انظر: القاموس المحيط ٤/٤٠٦.

(٦) انظر: المجموع ١٨/١٠٢ - ١٠٥.
وعند الحنفية يقدر الحين - بستة أشهر - إذا لم تكن نية. انظر: الهداية ٢/٨٦، والمبسوط ٩/١٨. وعند المالكية يقدر بسنة. انظر: مختصر خليل ص ١٠٠، والشرح الكبير ٢/١٥٤.
وعند الحنابلة: إذا لم تكن نية، فستة أشهر. انظر: منتهى الإرادات ٢/٥٥٥.

(٧) "دهر": قال عنه ابن فارس: "هو الغلبة والقهر، وسمي الدهر دهراً لأنه يأتي على كل شيء ويغلبه ... الخ" مقاييس اللغة ٢/٣٠٥ - ٣٠٦.

(٨) حُقب: قال ابن فارس: وهو يدل على الحبس. يقال: حقب العام إذا احتبس مطره، وحقب البعير إذا احتبس بوله ... إلى أن قال: "فأما الزمان فهو حقبة، والجمع حَقبٌ. والحقب، =

وعن أبي حنيفة تقدير الحقب بثمانين سنة[1].

وعن مالك – رحمه الله – بأربعين[2].

ولو قال: لا أكلمك حيناً، أو دهراً، أو زماناً، أو حقباً[3]، برَّ بأدنى زمان. ولو قال: أنت طالق بعد حين، حنث إذا مضت لحظة.

وفُرِّقَ بينهما بأن قوله: "بعد حين" تعليق، فيتعلق الطلاق بأول مايسمى حيناً.

وقوله: "لأقضين حقك إلى حين" وعدٌ، والوعد لا يختص بأول ما يقع عليه الإسم[4]. ولو قال: لأقضين حقك إلى مدة قريبة، أو بعيدة، فلا يتقدر أيضاً، ويكون[5] الحكم كما في الحين.

وعن أبي حنيفة: أن القريب مادون شهر، والبعيد، شهر، فما فوقه[6] ولو قال: إلى أيام، ففي "المجرد" للقاضي أبي الطيب[7] أنه يُحمل على ثلاثة أيام إذا لم

= ثمانون عاماً. والجمع أحقاب، وذلك لما يجتمع فيه من السنين، والشهور". مقاييس اللغة ٨٩/٢، وانظر: المصباح المنير ١٤٣/١.

(١) انظر: المبسوط ١٨/٩.

(٢) انظر: الشرح الكبير ١٥٤/٢.

(٣) "أو حقباً" ليست في ز.

(٤) قوله "لأقضين حقك ... ما يقع عليه الاسم" ليست في ز.

(٥) في ب "فيكون".

(٦) انظر: الهداية ٩٣/٢.

(٧) "المجرد": كتاب في الفقه الشافعي لمؤلفه: طاهر بن عبدالله بن طاهر بن عمر الطبري، المشهور بالقاضي أبي الطيب، العلامة أحد أئمة المذهب الشافعي وشيوخه والمشاهير الكبار، ولد بآمل طبرستان عام ٣٤٨هـ. له مؤلفات غير المجرد. منها "شرح مختصر المزني"، و "التعليق" وغيرهما. توفي ببغداد عام ٤٥٠هـ عن مائة وسنتين. و لم يختل عقله، ولا تغير فهمه. رحمه الله.

المشافعية لابن

انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٢٦/١ – ٢٢٨، طبقات هداية الله، ص ١٥٠ – ١٥١، تاريخ التراث العربي، فؤاد سزكين، نقله للعربية د/ محمود حجازي، ادار الثقافة والنشر، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ٢١٣/٣.

تكن له نية؛ لأنه لفظ جمع[١]، وعلى هذا جرى "الصيدلاني" / وصاحب "التهذيب" ز/١١/٤
وغيرهما. وقال: آخرون منهم: "المحاملي"[٢] الحكم كما ذكرنا في الحين والمدة القريبة، والبعيدة، لوقوعها على الكثير والقليل[٣]، يقال: أيام العدل، وأيام الفتنة، فلا يتقدر، بأقل[٤] مايقطع عليه الإسم[٥].

وعن أبي حنيفة: أنه يُحْمَلُ على عشرة أيام[٦]

وقوله: في الكتاب "لم يحنث بالتأخير إلى أن يفوت بموت أحدهما" يعلم بالحاء، والميم، والألف، لما ذكرنا من مذاهبهم في كتاب الطلاق[٧].

---

(١) في: أ "جميع" "أيُّ أيام" لفظ جمع فيتناول أقل الجمع، وهو ثلاثة. انظر: روضة الناضر وجنة المناضر، ط١، ٤، ١٣٩٧هـ، المطبعة السلفية، القاهرة، ص ١٢١. وانظر/ تيسير التحرير، أمير بادشاه، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٦/١.

(٢) المحاملي: أحمد بن محمد بن أحمد الضبي أبوالحسن المشهور بالمحاملي، البغدادي، أحد أئمة الشافعية كان غاية في الذكاء، والفهم، برع في المذهب.
ولد عام ٣٦٨هـ، له مؤلفات عديدة منها: "المجموع"، و "المقنع"، و "رؤوس المسائل". وغيرها، توفي عام ٤١٥هـ رحمه الله.
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٧٤/١ - ١٧٥، طبقات الشافعية لابن هداية الله، ص ١٣٢، تاريخ بغداد ٣٧٢/٤.

(٣) في ز "على القليل، والكثير".

(٤) في ز "بأول".

(٥) مسألة "لا أكلمك إلى أيام" قال النووي "فوجهان ... يحمل على ثلاثة أيام إذا لم تكن نية، وقال: آخرون ... هو كالحين ... ثم قال: "قلت: الأول أصح: لأنه المفهوم عند الإطلاق، وأما أيام الفتنة، ونحوه، فَتُخَرَّجُ بالقرينة، والله أعلم". الروضة ٧١/١١ - ٧٢، وانظر: مغني المحتاج ٣/ ٣٣٢.

(٦) انظر: الهداية ٩٦/٢.

(٧) أي مسألة: لو قال: أنت طالق إلى حين، أو بعد حين. طلقت بمضي لحضة، لأن ذلك يقع على المدة الطويلة والقصيرة. قال تعالى ﴿حين تمسون وحين تصبحون﴾ بخلاف مسألة "لأقضينك حقك إلى حين".
والفرق بين المسألتين كما قال الشربيني "... بأن الطلاق إنشاء، ولأقضين وعدٌ" مغني المحتاج ٣٣٢/٣.
أما أقوال الأئمة الثلاثة في ذلك فقد سبق أن الحنفية يقدرون الحين بستة أشهر، إذا لم تكن نية. وكذلك الحنابلة، وعند المالكية سنة. انظر: الهداية ٨٦/٢، ومختصر خليل ص ١٠٠، والتنقيح المشبع، ص ٣٩٦.

ثم ينبغي أن يُعْرَفَ فيه شيئان:

أحدهما: أنَّ في لفظ "التأخير" إشارةٌ إلى أنه لو مات في الحال، لايحنث، بل لابُدَّ من مضي مدة التمكن.

والثاني: إن قوله "بموت أحدهما" يقتضي حصول الحنث بموت المقضي إليه كحصوله بموت الحالف، لكنه صُوِّرَ فيما إذا قال: لأقضيَّن حقك. وقد سبق أن البرَّ في هذه الصورة[1] يحصل بالدفع إلى الوارث، فقضية ماذكره أن يكون التصوير فيما إذا قال: لأقضينَّك حقك، أو لأقضيَّن حقَّك إليك.

---

(١) "الصورة" ليست في أ.

(قال [الغزالي]: النوع السابع في الخصومات

فلو قال: لا أرى[١] منكراً، إلا رفعته إلى القاضي، فليس عليه بدارٌ[٢] بل عمره وعمر القاضي مهلته، وهل يُحمَل على القاضي الموجود في الوقت، أو على الجنس؟ وجهان، ولو عَيَّنَ القاضي فعزل، ففي الرفع إليه بعده خلاف. ولو باذر فمات القاضي قبل الانتهاء، إلى مجلسه، قيل: لا يحنث، وقيل: يُخرَّج على القولين، في فوات البر بغير اختياره. ولو رأى[٣] المنكر بعد اطلاع القاضي، فقد قيل: فات البر بغير اختياره، وقيل: يَبِرُّ بالرفع[٤]، وإن لم يكن فيه إعلام)

[فصل: فيما إذا حلف لايرى منكراً إلا رفعه إلى القاضي]

[قال الرافعي]: إذا حلف لايرى منكراً إلا رفعه إلى القاضي، فله أحوال:

الحالة الأولى: إذا حلف لا يرى منكراً إلاّ رفعه إلى القاضي فلان -أي أن يُعِّين

إحداهما: أن يُعِّينَ القاضي فيقول: إلى القاضي فلان، فإذا رأى منكراً لا يلزمه المبادرة إلى الرفع، بل له مهلةٌ مدة عمرِهِ، وعمر القاضي، فمتى رفعه إليه برَّ، ولا يشترط في الرفع أن يذهب إليه مع صاحب المنكر، بل يكفي أن يَحْضُرَ عند القاضي، وحده فيخبره، أو يكتب إليه بذلك، أو يرسل رسولاً فَيُخْبِرهُ[٥]، وإن لم يرفعه إليه حتى مات أحدهما[٦] بعد التمكن، حنث، وإن لم يتمكن من الرفع لحبس أو مرض، أو جاء إلى باب القاضي فحجب، ففيه القولان: في حنث المكره[٧].

ولو بادر إلى الرفع إليه، فمات القاضي قبل أن يصل إليه فطريقان. عن الشيخ أبي حامد[٨]: أنه على القولين أيضا، لفوات البر بغير اختياره، والأصح[٩]، وبه قال:

---

(١) في: أ، ب "رأيت".
(٢) "بدر - إلى الشئ أسرع إليه". انظر: المصباح ٣٨/١.
(٣) في أ "زال".
(٤) "وقيل يبر بالرفع" ليست في أ. وفي: ب "بالرفع إليه".
(٥) "أو يكتب إليه ... رسولا فيخبره" ليست في ز.
(٦) "أحدهما" ليست في ز.
(٧) هما: الحَنْثِ. وعدم الحنث. وهو الأصح. انظر مغني المحتاج ٣٤٤/٤ و ٣٤٩.
(٨) سبق التعريف به ص ٨٤.
(٩) الأصح: هو الأصح من الوجهين، أو الوجوه. قال: النووي "فيحنث أقول الأصح أو

=

أبو اسحاق[١] والقاضي أبوالطيب[٢] القطع: بأنه لايحنث[٣] لأنه تبين أنه لم يتمكن من الرفع، وإن الزمان لم يتسع له، وأيضاً فإن الاشتغال بمقدمات الرفع كالاشتغال بالرفع.

ولو عُزل ذلك القاضي، فإن كانت نيته أنه يرفعه إليه وهو قاض، أو تلفظ به، فلا يبر بالرفع إليه بعد عزله، قال ابن الصباغ[٤]: ولا يحنث[٥]. وإن كان بعد التمكن من الرفع إليه؛ لأنه ربما تولى، واليمين على التراضي. فإن مات أحدهما و لم يؤل، فحينئذٍ تبين الحنث. وإن نوى عين الشخص، وذكر القضاء وتعريفاً له، بر بالرفع إليه بعد العزل[٦]. وإن أطلق[٧]، فوجهان[٨]: في أنه هل يبر بالرفع إليه بعد العزل؟ ليقابل النظر إلى العين، والصفة وبالمنع. قال: أبوحنيفة[٩] وأُلحِقَ الوجهان بالوجهين، فيما إذا

= الصحيح فمن الوجهين، أو الأوجه، فإن قوي الخلاف قلت الأصح وإلا فالصحيح" شرح الحلال المحلى على المنهاج ١٣/١.

(١) إبراهيم بن أحمد، المروزي، المشهور بأبي إسحاق وحيث أطلق فهو المراد. احد أئمة الشافعية الرفعاء. وشيخ المذهب. تفقه على أبي العباس بن سريج انتهت إليه رئاسة المذهب ببغداد جلس مجلس الشافعي، ونشر فقهه، له عدة مؤلفات منها، "شرح المختصر" وكتاب "التوسط بين الشافعي والمزني"، توفي عام ٣٤٠هـ رحمه الله.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٧٥/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٠٦/١، وابن هداية الله، ص ٦٦، وشذرات الذهب ٣٣٩/٢.

(٢) سبق التعريف به، ص ١٠٣.

(٣) وهو المذهب. انظر: الروضة ٧٢/١١، ومغني المحتاج ٣٤٩/٤.

(٤) هو: عبد السيِّد بن محمد بن عبد الوهاب، أبو نصير البغدادي المشهور بابن الصَّبَّاغ. فقيه العراق. كان ورعاً ديناً صالحاً له كتاب "الشامل" وهو من أصح كتب الشافعية، وأثبتها أدلة. ولد عام ٤٠٠هـ. وتوفي عام ٤٧٧هـ رحمه الله.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢٩٩/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٥١/١ - ٢٥٢، شذرات الذهب ٣٥٥/٣، وابن هداية الله ص ١٧٣.

(٥) "المذهب": إذا نوى مادام قاضياً، أو تلفظ به. يحنث. إن رأى المنكر، وأمكنه رفعه إليه فتركه لتفويته البر باختياره. انظر: معني المحتاج ٣٤٩/٤، ونهاية المحتاج ٢٠٢/٨.

(٦) و لم يحنث قطعاً. انظر: المصدرين نفسهما.

(٧) "أي لم ينو الديمومة ولا تلقط بها.

(٨) الأول: لا يبر بالرفع. والثاني: نعم يبر بالرفع إليه بعد عزله لتعليق اليمين بعينه. انظر: الوسيط ٢٥١/٧، والروضة ٧٢/١١ - ٧٣، ونهاية المحتاج ٢٠٢/٨.

(٩) أي "أنه لا يَبِرُّ بالرفع بعد العزل". ويحنث "لأن الحكم تعلق بالمشار إليه.." الهداية ٨٥/٢، ٩٤.

قال: "لا أكلم هذا الصبي، فصار شيخاً"، وفي نظائره". لكن رجح القاضي "الروياني" وصاحب "البيان" وغيرهما: أنه يُبَرُّ كما لو قال" لا أدخل دار زيد هذه، فباعها، حنث[١] بدخولها تغليباً للعين[٢].

الحالة الثانية: أن يُنكِّر: فيقول إلا رفعته إلى قاضٍ.

والثانية: إن نكر[٣] فقال[٤] إلا رفعته إلى قاضٍ، فيبر بالرفع إلى أي قاض، كان في تلك البلدة، وغيرها[٥].

الحالة الثالثة: إذا قال: إلا رفعته إلى القاضي

و[٦]الثالثة: إذا قال: رفعته إلى القاضي، ولم يُعَيِّن أحداً بلفظه، ولا بنيته، ففي كتاب القاضي: ابن كج وغيره. وجه: أنه لا يختصُّ بقاضي البلد، بل يبر بالرفع إلى أي قاض كان لأن المقصود الرفع إلى من يُغيِّر المنكر، ويقيم حكمه.

والأظهر أنه يختص بقاضي البلد حملاً[٧] للفظ على المعهود[٨] وهل يتعين قاضي البلد في الحال، فإنه المعهود، أو من ينصب بعده في البلد، يقوم مقامه؟ فيه وجهان: ويقال: قولان.

أشبههما: وينسب إلى أبي حامد، وهو الذي أورده صاحب "التهذيب".

الثاني، حتى[٩] لو عزل من كان قاضياً وولي غيره يبر بالرفع إلى

---

(١) في ز "يحنث".

(٢) وهو المذهب كما سبق.

(٣) في أ، ز "وإذا أنْكَرَ".

(٤) "فقال" ليست في أ، ب.

(٥) "لصدق الإسم. وسواء أكان قاضياً حال اليمين أم ولي بعده لعموم اللفظ"، مغني المحتاج ٣٤٩/٤.

(٦) "و" ليست في ز.

(٧) من قوله" "بل يبر بالرفع ... والأظهر أنه يختص بقاضي البلد " ليست في أ، ب، ظ.

(٨) وهو المذهب، لأن ذلك مقتضي التعريف بأل. انظر: نهاية المحتاج ٢٠١/٨، ومغني المحتاج ٣٤٩/٢، والروضة ٧٣/١١.

(٩) "حتى" ليست في ز.

الثانـي[1]، ولا يبر بالرفع إلى المعزول.

فـإن قلنـا: يتعـين قـاضي البلـد، فـالحكم على ماذكرنـا في الحالـة الأولى[2]، والاعتبار بحال اليمين على هذا الوجه، أو بحـال رؤيـة المنكـر؟ حكـى في "التتمـة"[3]: فيه[4] وجهتين: والأقوى الأول[5].

ولو كان في البلد قاضيان، وجوزناه[6]، فيرفع[7] إلى من شاء منهما[8].

ولو رأى المنكر بين يدي القـاضي المرفـوع إليـه، ذكـر في "الوسيط": أنـه لا معنى للرفع إليه، وهو يشاهده[9].

ولو رأى المنكر بعد اطلاع القاضي، فوجهان: أحدهمـا: أنـه فـات الـبر بغير اختياره، كما لو رأه معه، فيكون على القولين.

والثاني: أنه يبر بالإخبار، وصورة الرفع، وهذا أظهر[10] وبه أجـاب صـاحب "التهذيب" وهو الذي أورده "المتولي" فيمـا إذا رأى المنكـر، والقـاضي يشـاهده؛ وفي الأحوال جميعاً، لو لم ير الحالف منكراً حتى مات، فـلا شـئ عليـه. وفي حالـة تعيـين القاضي، لو لم ير منكراً حتى مات القاضي، فكذلك لاشيء عليه، ولو رأه بعد عزله،

---

(١) وهو المذهب، "لأنه لا يبره بالموجود حالة الحلف. لأن التعريف في الألف واللام للجنس". انظر الوسيط٢٥٧/٧، الروضة ٧٣/١١، ومغني المحتاج ٣٤٩/٤.

(٢) ص ١٠٦.

(٣) سبق التعريف به ص ٨٥.

(٤) "فيه" ليست في ز.

(٥) "أي بحال اليمين، أي محل ولايته. أما إذا كان في غيره فلا اعتبار بذلك". انظر: مغني المحتـاج ٣٤٩/٤.

(٦) في ز "جوزنا ذلك".

(٧) في ب "فرفع".

(٨) ويكفى ذلك. "هذا إذا لم يختص كل واحد بناحية. وإلا تعين قاضي الناحية الـتي فيهـا فـاعل المنكر ..." انظر: مغني المحتاج ٣٤٩/٤.

(٩) انظر ٢٥١/٧.

(١٠) وهو المذهب. انظر: الروضة ٧٣/١١، ومغني المحتاج ٣٤٩/٤.

فإن نوى[١] الرفـــع إليه في حالة القضاء، فلا شئ عليه، وإن قصد عينه، فليخبره.

ولو حلف لا يرفع منكراً إلى القاضي فلان، حنــث، بـالرفع إليـه وهـو قـاضٍ. وبعد العزل يعود فيه[٢] التفصيل المذكور[٣].

وإن قال: إلى القاضي فيحمل على قاضي البلد حينئذٍ، أو يحنث بالرفع إلى من ينصب بعد عزله؟. فيه الخلاف السابق. ثم نتكلم في لفظ الكتاب ففيه التباسٌ.

قوله: "لا رأيت منكراً إلا رفعته إلى القاضي" أراد به ما إذا عين القاضي، وإن لم يتعرض اللفظ له[٤] ألا ترى أنه قال: "بل عمره، وعمر القاضي مهلته" وإنما توجـه هذا اللفظ إذا كان القاضي معيناً، وقوله: "عقيبهُ" وهل يحمل على القاضي الموجود في الوقت أو على الجنس؟" وجهان، موضع الوجهـين مـا إذا أطلـق القـاضي، و لم يعـين، وأراد بالجنس[٥] جنس قضاة البلد.

وقوله: "ولو بادر فمات القاضي" يعني: في صورة تعين القـاضي، وإلا فمـوت القاضي الذي ما قصده[٦] لايؤثر، لإمكان الرفع إلى قاضي آخر.

ولـو مـات الحـالف في صـورة المبـادرة، قبـل أن يصـل إلى القـاضي: قـــال في "التتمة": لاكفارة عليه؛ لأنه لم يجد التمكن، ولا يخرج فيه خلاف.

وقوله: "ولو رأى المنكر، بعد اطلاع القـاضي" إلى آخـره: هـذه المسـألة: إنمـا تتوجه أيضاً في صورة التعيين.

وهذه التنزيلات مبينة في لفظ[٧] "الوسيط" وترتيبه[٨].

---

(١) قوله "منكرا حتى مات ... فإن نوى" ليست في ب.
(٢) "فيه" ليست في أ، ز.
(٣) انظر ص . ١٠٦-
(٤) "له" ليست في أ، ب.
(٥) في: أ "الجنس".
(٦) في : ز "ما قصده".
(٧) "لفظ" ليست في ب. وفي أ نضم.
(٨) انظر: ٢٥١/٧.

(قال [الغزالي]: "ولو حلف لا يفارق غريمه، ففارقه الغريم فلم يَتْبَعْهُ، لم يحنث. وكذا لو كانا يَتماشَيَان، فمشى الغريم، ووقف، لأن المفارق هو الغريم، إلاّ أن يقول: لا يفترق) أ.هـ.

[فصل: ما إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه منه]

[قال الرافعي] إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه منه، ففي[١] المسألة نظران:

أحدهما: في المفارقة، والقول فيها على مامرَّ في إفتراق المتبايعين عن المجلس، والرجوع إلى العادة[٢].

فإن فارقه الحالف قبل أن يستوفي حقه مختاراً حنث[٣]، وإن كان ناسياً، أو مكرهاً، فعلى القولين المعروفين في النسيان والإكراه. ولو فارقه الغريم، وفرَّ[٤] منه فعن أبي[٥] عليٍّ ابن أبي هريرة[٦]، والطبري[٧]. أن بعض الأصحاب خَرَّجَهُ على قولي الإكراه، لحصول المفارقة من غير اختياره. والظاهر[٨] أنه لا يحنث الحالف، سواءٌ تمكن من التَّعلُّقِ به، ومنعه، أو من متابعته، أو[٩] لم يتمكن، لأنه حلف على فعل نفسه، فلا يحنث، بفعل الغريم. وعلى هذا، فلو كانت مفارقته بإذن الحالف

(١) في أ، ب "في".
(٢) انظر: الوجيز ١٤١/١، وشرح الجلال المحلي على المنهاج ١٩١/٢.
(٣) انظر: نهاية المحتاج ٢٠٠/٨، المجموع ١٠٩/١٨.
(٤) في ب أو فرّ.
(٥) في جميع النسخ "أبوي" والصواب ما أثبتناه. والله أعلم.
(٦) ابن أبي هريرة. سبق التعريف به ص ٨٢.
(٧) هو الحسن. وقيل الحسين بن القاسم أبو علي المشهور بالطبري، الفقيه الشافعي، تفقه ببغداد ودرس بها له مؤلفات منها، "المحرر"، و "الإفصاح". توفي عام ٣٥٠هـ رحمه الله.
انظر: تاريخ بغداد ٨٧/٨، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٢٧/١، وشذرات الذهب ٣/٣.
(٨) وهو الوجه الظاهر في المذهب، ويكون مقابله وجهاً غريباً في المذهب. انظر هامش الغاية القصوى ١١٨/١.
(٩) في أ "ولم".

وأمره، لم يحنث أيضاً[١].

وقال القاضي: ابن كج: إذا أذن له بالمفارقة ففارقه كان حانثاً، وزاد "الصيدلاني": فقال: إن أمكنه منعه من الذهاب، فلم يفعل حنث: ويقرب منه ما حكاه صاحب "التهذيب" عن شيخه[٢] أنه إذا أمكنه متابعته، فلم يتابعه حنث، لأنه بالمقام مفارق له، والمشهور ما تقدم[٣].

ولو كانا يتماشيان، فمشي الغريم، ووقف الحالف.

قال: في "الكتاب لايَحْنَثُ"، لأن المفارقة حصلت بحركة الغريم، لا بسكون الحالف، والأظهر[٤]، وهو الجواب في "التتمة" و "التهذيب" وينسب إلى القاضي الحسين: أنَّهُ إذا مضى أحدهما في مشيه، ووقف الآخر، يحنث الحالف؛ لأنه إن وقف الحالف فقد فارقه بالوقوف، فإن الحادث هو الوقوف، فنسبت[٥]، المفارقة إليه بخلاف ما إذا كانا ساكنين، فابتدأ الغريم بالمشي[٦]، فإن الحادث هناك المشي، وإن وقف الغريم فقد فارقه الحالف حين مشى، مع العلم، بوقوفه.

وحيث قلنا: لايحنث الحالف، بمفارقة الغريم إياه[٧] فلو فارق المكان بعد ذلك، لم يحنث.

ولو قال: لا تفارقني حتى استوفي حقي منك، أو حتى[٨] تُوَفِّيني حقِّي، فاليمين هاهنا منعقدة على فعل الغريم.

---

(١) لأنه حلف على فعل نفسه فلا يحنث بفعل غيره. مغني المحتاج ٣٤٨/٤، وانظر: المجموع ١٠٩/١٨، فقد خطأ قول ابن أبي هريرة.

(٢) هو: الحسين بن محمد بن أحمد. المروذي. أبو علي المشهور بالقاضي حسين، من أئمة الشافعية الميامين. كان يلقب بحبر الأمة، صاحب "التعليق الكبير"، المشهور في المذهب، وغيره. توفي عام ٤٦٢هـ. انظر ترجمته: طبقات الشافعية، شهبة، ٢٤٤/١، تهذيب الأسماء واللغات ١٦٤/١، وشذرات الذهب ٣١٠/٣.

(٣) انظر: الروضة ٧٤/١١، ومغني المحتاج ٣٤٨/٤، والمجموع ١٠٩/١٨.

(٤) المصادر نفسها.

(٥) في أ، ب: "فتنسب".

(٦) في ز "المشي".

(٧) "إياه" ليست في أ، ب، ظ.

(٨) "حتى" ليست في أ.

فإن فارقه الغريم مختاراً، حنث الحالف، سواءٌ كانت مفارقته بإذنه أو دون إذنه.

وعن صاحب "التقريب"[١] أنه إن فرَّ منه ففي حنثه القولان، في الإكراه، والظاهر الأول، لأن الحلف على فعله، وهو مختار في الفرار.

فإن فارقه ناسياً أو مكرهاً، خُرِّجَ الحنث على القولين[٢].

ونقل صاحب "التهذيب"[٣] طريقةً أخرى قاطعةً[٤]، بأنه يحنث، والاختيار يعتبر في فعل الحالف، لا في فعل غيره، والمذهب[٥] الأول. ولو فرَّ الحالف من الغريم، لم يحنث، ويجيء فيه[٦] وجهٌ، أنه إن تَمَكَّنَ الغريم من متابعته فلم يفعل، يحنث[٧].

ولو قال: لا افترقت أنا وأنت حتى استوفي حقي، أو لا نفترق لا أنا ولا أنت فاليمين منعقدة، على فعل كلِ واحدٍ منهما، فأيهما فارق الآخر مختاراً حنث الحالف لحصول الإفتراق.

وإن فارق مكرهاً، أو ناسياً ففيه الخلاف[٨].

---

(١) هو: القاسم بن الإمام الكبير القفال الشاشي محمد بن علي أبوالحسن - صاحب "التقريب" الذي يقول عنه النووي. وكتابه "التقريب" كتاب عزيز عظيم الفوائد، من شروح مختصر المزني. أهـ.
كان عظيم الشأن جليل القدر حافظاً، صاحب اتقان وتحقيق وضبط. ولم تعلم تاريخ وفاته رحمه الله.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢٧٨،٢، وطبقات الشافعية، شهبة، ١٨٧/١، وطبقات الشافعية، ابن هداية الله، ص ١١٧.

(٢) قولا الإكراه. انظر: المجموع ١٠٩/١٨، ومغني المحتاج ٣٤٨/٤.

(٣) انظر التهذيب ١٣٩/٨.

(٤) "قاطعة" ليست في ز.

(٥) انظر: المجموع ١٠٩/١٨، ومغني المحتاج ٣٤٨/٤، والمذهب، هو مصطلح أطلقه الشافعية. على الراجح في حكاية المذهب. كأن يكون في المسألة قولان، أو وجهان ويقطع بعضهم بأحدهما.
انظر: نهاية المحتاج ٤٤/١، شرح الجلال المحلي ١٣/١.

(٦) "فيه" ليست في أ، ب.

(٧) "والصحيح، لا يحنث إذا أمكنه اتباعه"، نهاية المحتاج ٢٠٠/٨.

ولو قال: لا افترقنا حتى استوفي، أو لا نفترق، فوجهان:

أحدهما: أنه لايحنث حتى يفارق كل واحد منهما صاحبه، ولا يكفي وجود المفارقة من أحدهما.

وأظهرهما: وهو المذكور في "الكتاب": أنه يحنث الحالف، مهما فارق أحدهما الآخر، لأنه يصدق القول بأنهما افترقا[1].

النظر الثاني: في استيفاء الحق، فإذا قال: لا أفارقك حتى أستوفي حقي منك، ثم أبرأه، وفارقه حنث، لأنه فوت البر على نفسه[2].

وهل نحكم بالحنث عند الإبراء، أو بعد المفارقة؟ يجيء فيه خلاف، مرّ في نظائره.

ولو أفلس الغريم، فمنعه الحاكم، من ملازمته، ففارقه، فعلى قولي حنث المكره.

وإن فارقه باختياره حنث.

وإن وجب تركه، وإنذاره شرعاً، كما لو قال: لا أصلي الفرض، ثم صلى حنث، وإن وجبت الصلاة عليه شرعاً.

وإنْ أحاله الغريم على إنسان، أو أحال الحالف[3] غريماً له عليه [دين][4] ثم

(٨) المذهب عند الشافعية: أن المفارقة إن كانت عن طريق الإكراه، أو النسيان. فإنه لايحنث قولاً واحداً.

انظر: المجموع ١١٢/١٨، ومغني المحتاج ٣٤٩/٤.

(١) انظر: المصدرين نفسهما.

(٢) "وباختياره. قولاً واحداً". انظر: شرح الجلال المحلى على المنهاج ٢٨٥/٤، نهاية المحتاج ٢٠٠/٨.

(٣) "الحالف" ليست في أ، ب.

(٤) مابين المحصورتين نقله النووي. انظر: الروضة ٧٥/١١، ولم يرد في النسخ فرأينا إثباته حتى يستقيم المعنى.

فارقه، فطريقان[١]:

أحدهما: البناء على أن الحوالة استيفاء، أو اعتياض؟ إن قلنا: بالأول. لم يحنث، وأصحهما: أنه يحنث بكل حالٍ[٢]؛ لأنه ليس بإستيفاءٍ حقيقة، وحيث جعلناه استيفاءً، فمعناه أنه كالاستيفاء في الحكم.

نعم، إن أراد أنه لا يفارقه، وعليه حقه، لايحنث. ولو أخذ عوضاً عن حقه، وفارقه، يحنث، إلا أن يريد ماذكرنا، ولا فرق بين أن تكون قيمة العوض مثل حقه، أو أقل، أو أكثر، لأنه لم يستوف حقه، وإنما استوفى بدله

وعند أبي حنيفة[٣]: لايحنث، وبه قال مالك[٤].

إذا لم تكن قيمته أقل من حقه.

ولو استوفى حقه، من وكيل الغريم، أو من أجنبي تبرع به عليه، ثم فارقه، حنث إن قال:/ حتى استوفي حقي منك، ولم يحنث، إن اقتصر على قوله "حتى استوفي حقي". (٤١٣/ز)

وإن فارقه بعد الإستيفاء، ثم وجد ما استوفاه، ناقصاً، لم يحنث، إن كان من جنس[٥] حقه، لكنه أردأ[٦]، وإن لم يكن من جنسه بأن كان حقه الدراهم، فخرج ما أخذه نحاساً أو مغشوشاً، فإن كان عالماً بالحال، حنث، وإلا فعلى قولي الناسي، والجاهل[٧].

---

(١) في أ "ففيه طريقان".

(٢) انظر: شرح الجلال المحلى على المنهاج ٤/٤٨٥.

(٣) انظر: القدوري، الكتاب، ط، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م، المكتبة العلمية، بيروت، ٤/٢٤، والهداية ٢/٩٣.

(٤) انظر: مختصر خليل، ص ١٠٠، ومواهب الجليل ٣/٣١٤.

(٥) انظر تفصيل ذلك في: الروضة ١١/٧٦، ومغني المحتاج ٤/٣٤٩.

(٦) في ز "أراد". وهو خطأ وهو المذهب. لأن الرداءة لا تمنع من الاستيفاء. انظر: مغني المحتاج ٤/٣٤٩

(٧) "لأن العيب لايمنع من الاستيفاء، نعم إن كان الأرش كثيراً لايتسامح بمثله حنث.

=

فرع: ولو حلف الغريم ليقضين حقه قبل أن يفارقه، أو حلف لايفارقه حتى يقضي حقه، فالقول في مفارقته مختاراً، أو مكرهاً، وفي الحوالة[١] والمصالحة، وغيرها[٢] على قياس ماسبق.

ولو حلف: لا يعطيه حقه فأعطاه مكرهاً، أو ناسياً، فهو على الخلاف.

ولو قال: لا يأخذ أو لا يستوفي، فأخذ حنث سواء كان المعطي مكرهاً أو مختاراً.

ولو كان الآخذ مكرها ففيه الخلاف.

(قال [الغزالي]: ولو حلف أن يضربه مائة خشبة، حصل البِرُّ، بأن يَضْرِبَ بِعِثْكَالٍ[٣] عليه مائة شمراخ[٤] وإن قلَّ الألم.

وينبغي أن تنكبس[٥] جميع الشماريخ، ولا يشترط أن يمس[٦] أحادها بدنه، ولا بأس بحائل، لايمنع أصلها من[٧] الضرب.

ولو شك في التثقيل والانكباس، لم يحنث[٨]، لأن الضرب، سببٌ ظاهرٌ في الانكباس.

= قاله الماوردي: فإن قيل: نقصان الحق موجب للحنث فيما قل وكثر، فهناك كان نقصان الأرش كذلك، قلنا: لأن نقصان الحق محقق، ونقصان الأرش مظنون". نقله بهامش العزيز ٣٣٩/١٢.

(١) "الحوالة" هي بفتح الحاء أفصح من كسرها. ومعناها لغة الانتقال، من قولهم: إذا انتقل عنه وتغير.
وفي الشرع: عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة ..." ذكره في مغني المحتاج ١٩٣/٢.

(٢) أي "كالهبة". "وغيرها" هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب "وغيرهما" والله أعلم.

(٣) "العِثكال"، بالكسر والعثكول. بالضم، وزن عصفور ومعناه. مايكون فيه الرطب. وهو العذق. انظر: المصباح المنير ٣٢٣/١.

(٤) "وشمراخ"، جمع "شماريخ" مثل عثكال وزناً ومعنى. انظر: المصدر نفسه.

(٥) في أ "ينعكس" وهو خطأ.

(٦) في ب، ظ "تمس".

(٧) في أ "هاهنا أهلها" وفي ز أصل تأثير الضرب.

(٨) في أ "لايحنث".

ولو قال: لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيدٌ، فدخل ومات زيد، ولم تعرف مشيئته، حنث، لأن الأصل عدم المشيئة، وليس لها سبب ظاهر.

وقيل: في المسألتين[١] قولان: بالنقل والتخريج. ولو حلف على مائة سوط بدل الخشبة لم تكفِهِ الشماريخ، بل عليه أن يأخذ مائة سوطٍ، ويَضْرب دفعةً واحدةً.

ولْتَقْتَصِر على هذا[٢] القدر، فإن أمثال هذه الصورة لا تنحصر البتة[٣]

[فصل في الحلف على الضرب]

قال الرافعي: إذا حلف: على الضرب، تعلقت اليمين بما يسمى ضرباً، ولا يكفي فيه، وضع اليد والسوط، ورفعهما، والعض والقرص والخنق، ونتف الشعر، ليس بضرب خلافاً لأبي حنيفة[٤]، وأحمد[٥] رحمهما الله.

وفي الوكز[٦]، واللكز[٧] واللطم وجهان:

أصحهما: أنه ضربٌ وهو الذي أوردناه في "كتاب الطلاق"[٨]. ولا يُشْتَرَطُ فيه الإيلام، ألا ترى أنه يقال: ضربه، ولم يؤلمه، ويخالف الحد[٩]، والتعزير، فإنه[١٠] يعتبر فيهما الإيلام؛ لأن الغرض هناك الزجر، وإنما يحصل ذلك بالإيلام، واليمين يتعلق بالاسم.

---

(١) في ز "المسألة".
(٢) "هذا" ليست في أ ، ز.
(٣) "البتة" ليست في ز.
(٤) انظر: فتح القدير ٤٦٢/٤.
(٥) انظر: المقنع ص ٣٢٠.
(٦) أي ضربه، ودفعه. ويقال: لَكَمَهُ. انظر: المصباح المنير ٦٧٠/٢.
(٧) أي ضربه بجمع كفه في صدره. وربما أطلق على جميع البدن، المصباح المنير، ٥٥٨/٢.
(٨) في ز "الطلاق إنه ضرب" وانظر: العزيز ١٤٢/٩.
(٩) في ز "الجلد".
(١٠) "فإنه" ليست في أ، ز.

وقال: مالك يشترط الإيلام[١]. وللأصحاب وجه مثله[٢]. وقد ذكرناه[٣] في الطلاق[٤].

ولو حلف ليضربن عبده مائة خشبة أو ليجلدنه مائة، فضربه بعثكال عليه مائة شمراخ، ضربة واحدة حصل البر، إذا تيقن أن الكل أصاب بدنه، واعتمد فيه. قوله تعالى في قصة أيوب عليه السلام ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثاً فَاضْرِبْ بِهِ وَلاَ تَحْنَثْ﴾ الآية[٥].

وفيه عدول عن موجب اللفظ فإنه لم يضربه بمائة خشبة، فإن شد مائة سوط، فضربه بها[٦]، فقد وفّى بموجب اللفظ.

وما معنى إصابة الكل؟ الظاهر أنه لا يشترط أن تلاقي القضبان بدنه أو ملبوسهَ، بل يكفى أن[٧] ينكبس، وينكسر بعضها على بعض بحيث يناله[٨] ثقل الكل، ولا يضرُّ كون البعض حائلاً بين بدنه، وبين البعض، كالثياب وغيرها مما[٩] لايمنع تأثير[١٠] البشرة بالضرب.

وفيه وجه: أنه لا يكفي الانكباس، بل لابد من ملاقاة الجميع بدنه، أو ملبوسه، وإن تيقن أنه لم يصبه الكل، لم يحصل البر.

---

(١) انظر: مختصر خليل، ص ٩٧، والتاج والإكليل ٢٩٤/٣.
(٢) انظر: الروضة ٧٧/١١، ومغني المحتاج ٣٤٧/٤، ونهاية المحتاج ١٩٩/٨.
(٣) في أ ذكرنا.
(٤) انظر: العزيز ١٤٢/٩، والروضة ٧٧/١١، حيث قال: "ولو ضرب ميتاً، لم يحنث، ولو ضرب مغمى عليه أو مجنوناً، أو سكران حنث، لأنه محل للضرب بخلاف الميت ذكره المتولي".
(٥) سورة ص ، آية ٤٤.
(٦) "بها" ليست في أ، ب.
(٧) "يكفى أن" ليست في ز.
(٨) في ب "ماله".
(٩) في ب "فما" و"مما" ليست في أ.
(١٠) في أ، ب ، ظ "تأثر".

وإن شك في أنه هل أصابه الكل؟ فالنص: أنه لايحنث[١].

ونقل المزني: عن "نصه" فيما إذا حلف، ليدخلن الدار اليوم إلا أن يشاء زيد، فلم يدخل، ومات فلان ولم يعلم، هل شاء أم لا؟: أنه[٢] يحنث[٣].

وفيهما طريقان للأصحاب:

أحدهما: تقرير النصين، والفرق أن الضرب سبب ظاهر في الانكباس والتثقيل فيكتفى به وهاهنا الأمارة[٤] تدل على أن فلاناً شاء، والأصل عدم المشيئة.

والثاني: أن في الصورتين قولين بالنقل والتخريج.

أحدهما: لايحنث؛ لأنا لم نتحقق مخالفة اليمين، والأصل عدم الحنث[٥]، وبراءة الذمة.

والثاني: وبه قال أبوحنيفة[٦]، والمزني[٧] يحنث؛ لأن الأصل عدم الإصابة والمشيئة وشبه القولان. بالقولين، في إعتاق العبد المنقطع الخبر عن الكفارة، والظاهر هاهنا: أنه لايحنث، وإن أثبت الخلاف، وفي مسألة المشيئة: أنه يحنث[٨].

ولو حلف ليضربنه مائة مرة، فضربه مرة[٩] بالعِثِكال، أو بالمائة المشدودة لم

---

(١) انظر: مختصر المزني، ص ٢٩٦، نهاية المحتاج ١٩٩/٨.

(٢) "أنه" ليست في ز.

(٣) انظر: مختصر المزني، ص ٢٩٦.

(٤) في: ز "لأمارة".

(٥) في ز "اليمين".

(٦) انظر: المبسوط ٢٦/٩.

(٧) انظر: مختصر المزني، ص ٢٩٦.

(٨) قال النووي في الروضة ٨٧/١١ "قلت هكذا صور الجمهور مسألة الخلاف فيما إذا شك، وذكر الدارمي وابن الصباغ والمتولي: أنه إذا شك، حنث، وإنما لا يحنث على المنصوص إذا غلب على ظنه إصابة الجميع، وهذا حسن، لكن الأول أصح، لأن بعد هذا الضرب شك في الحنث، والأصل عدمه. قال أصحابنا: وإذا قلنا: لايحنث، فالورعُ أن يحنث نفسه، فيكفر عن يمينه. والله أعلم".

وانظر: المجموع ٨٠/١٨، ومغني المحتاج ٣٤٨/٤.

(٩) "فضربه مرة" ليست في أ.

يبر: لأنه لم يضربه إلا مرة.

ولو حلف: ليضربنه مائة ضربة، ففيه وجهان: أظهرهما: وهو الذي أورده "الصيدلاني": أن الجواب كذلك، لأنه لم يضربه إلا ضربة واحدة.

والثاني: يَبُّر، لأنه يحصل بكل واحد ضربة ولهذا[١] يسقط به حد الزنا.

ولو حلف: ليضربنه بالسوط، لم يبر[٢] بالعصا والشماريخ[٣]، لأنه لا يقع عليها اسم السوط.

وإذا قال: مائة سوط[٤] فالظاهر أنه لايحصل البر، بأن يضربه بعثكال عليه مائة شمراخ، ولكن يبر بأن يجمع مائة سوط ويشدها ويضربه بها دفعة واحدة أو خمسين، ويضربه بها دفعتين، أو سوطين، ويضربه بهما خمسين مرة بشرط أن يعلم إصابة الكل على ماسبق.

وفيه وجه: أنه وإن ذكر الشرط يبرُّ بالعثكال كما في لفظ الخشبة، وهذا ما أورده صاحب "التهذيب"[٥].

وقوله في الكتاب: "حصل البر"[٦] يجوز أن يعلم بالميم والألف؛ لأن عن مالك[٧] وأحمد[٨]: أنه لابد من مائة ضربة متفرقة، حكى ذلك عنهما فيما إذا قال: لأضربنه مائة سوط.

وفيما إذا قال: لأجلدنه مائة، ويشبه أن يكون الحكم في صورة الكتاب كذلك.

---

(١) في أ : "وهذا".

(٢) في ز : "لم يحنث".

(٣) في ز : "وبالشماريخ".

(٤) من قوله: "لم يبر بالعصا ... مائة سوط" ليست في أ.

(٥) انظر: الروضة ٧٨/١١، والمجموع ٨٠/١٨، وشرح الجلال المحلي ٢٨٥/٤.

(٦) أي "لو حلف ليضربنه مائة خشبة حصل البر بأن يضرب بعثكال عليه مائة شمراخ، وإن قل الألم". انظر: مغني المحتاج ٣٤٧/٤، والروضة ٧٨/١١، فقد قال: "والصحيح: أنه لا يبر".

(٧) انظر: مختصر خليل ص ٩٧، وحاشية الدرديري ١٤٣/٢.

(٨) المقنع ص ٣٢٠، والمغني ٦١٠/١٣.

وقوله: "ولا يشترط أن يمس آحادها بدنه" مُعلم بالواو. وقوله "ولو شك في التثقيل، والإنكباس، لايحنث" معلم، بالحاء والزاي[١].

وقوله: "ولو قال: لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيد" جعل صاحب الكتاب، هاهنا، وفي "الوسيط" هذه الصورة محل تصرف الأصحاب في حكمها[٢]، وحكم مسألة الضرب بالطريقين[٣].

ولعله اتبع فيه / الإمام[٤]، والذي أورده المزني، ونقله جمهور الأئمة رضي الله (٤١٤/ز)
عنهم، ما قدمناه، وهو ما إذا قال: لأدخلن الدار اليوم، إلا أن يشاء زيد"[٥] فأما طرف النفي فقد ذكرناه في الباب الأول[٦]، وبينا مانقل فيه الربيع، وما تكلم الأصحاب عليه - رحمهم الله -.

(قال [الغزالي]: خاتمة: كل ما علقه على فعل نفسه، فإذا[٧] حصل بغير اختياره، إما[٨] بالإكراه، وإما[٩] بالنسيان، وإما[١٠] بالجهل، ففيه قولان: وصورة الجهل[١١] أن يقول: لا أُسَلِّم على زيد، ثم سلَّم عليه في ظلمة وهو لا يعرفه.

---

(١) في أ "الزاء".

(٢) "في حكمها" ليست في ز.

(٣) انظر: الوجيز ٢٣١/٢، والوسيط ٢٥٤/٧، والروضة ٧٨/١١، ومغني المحتاج ٣٤٨/١.

(٤) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، مكتبة أحمد الثالث، تركيا، ج٢٥، ٢٦، ٢٧، في مجلد ؟ لوحة ٨٥/أ.

(٥) انظر: مختصر المزني، ص ٢٩٠.

(٦) انظر: الروضة ١١/ ٥، ٦.

(٧) في ظ "وإذا".

(٨) في أ "أو".

(٩) في أ "أو".

(١٠) في أ "أو".

(١١) "ففيه قولان: وصورة الجهل"، ليست في أ.

وإن حلف[1] على الدخول، فَحُمِلَ قهراً وأُدْخِلَ، لم يحنث.

وإن حمل بإذنه، حنث، وإن سكت مع القدرة، ففيه خلاف).

[فصل: إذا حصل فعلٌ مع إكراهٍ أو نسيانٍ أو جهلٍ]

[قال الرافعي] إذا وُجِدَ القول، أو الفعل المحلوف عليه، على وجه الإكراه، هل يحنث الحالف.

فيه قولان منصوصان جاريان في تعليق الطلاق[2] على ما قدمنا.

أحدهما: وبه قال: أبوحنيفة[3]، ومالك[4]: أنه يحنث؛ لأن صورة المحلوف عليه قد وجدت، والكفارة لاتسقط بالأعذار، ألا ترى أنه قد يجب عليه أن يحنث نفسه، ومع ذلك تلزمه الكفارة وأيضاً فإن ما تعلقت به الكفارة، إذا وجد بالاختيار، تعلقت وإن وجد لا بالاختيار، كقتل العبد.

وأصحهما: على ماذكر الشيخ أبوحامد، والقاضي ابن كج[5] والروياني وغيرْهم" أنه لايحنث ولا تلزمه الكفارة، لما روي أنه ﷺ قال: "رُفِعَ عَنْ أُمَتِي الخَطَأُ والنِّسْيَان وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ"[6].

---

(١) في أ، ب، ظ "فإن".

(٢) انظر: الروضة ١٩٢/٨ و ١٩٣.

(٣) انظر: الهداية ٧٢/٢.

(٤) "مالك" ليست في ز. وانظر: رأي المالكية. مختصر خليل ص ٩٦، وحاشية الدرديري على الشرح الكبير ١٣٤/٢.

(٥) في أ، ب ، ظ "أبوحامد القاضي، والشيخ ..." وهو خطأ.

(٦) الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه من كتاب الطلاق، باب طلاق المكره، والناسي ٦٥٩/١، أو حديث ٢٠٤٥ من طريق الأوزاعي عن عطاء عن ابن عباس عن النبي ﷺ بلفظ: "إن الله وضع عن أمتي ...".
وأما لفظ الحديث السابق فكما قال الزيلعي: "وهذا لايوجد بهذا اللفظ، وإن كان الفقهاء كلهم لايذكرونه إلا بهذا اللفظ"
وقال عنه النووي في كتابه الروضة في تعليق الطلاق ١٩٣/٨، "الحديث حسن".
وقال ابن رجب في كتابه جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً، ط٥، ١٤٠٠هـ، مكتبة الدعوة الإسلامية، القاهرة، ص ٤٥١، "حديث حسن".

=

وأيضاً: فإنه لو حلف، مكرهاً لا تنعقد يمينه، فكذلك المعنى الذي يتعلق به الحنث، إذا وُجدَ على وجه الإكراه ينبغي أن يلغو والجامع أنه أحد سببي وجوب الكفارة، وأيضاً، فالإكراه معنىً، لو قارن كلمة الكفر، لم[1] يتعلق بها حكمها، فكذلك، إذا قارن سبب الكفارة قياساً، على الجنون، وعن "أبي الطيب بن سلمة[2]": القطع بأنه لايحنث؛ لأن الشافعي اختاره وأبطل القول الآخر[3].

والمشهور إثبات القولين ويجريان فيما لو وُجِدَ المحلوف عليه على وجه النسيان، وقد ترتب النسيان على الإكراه، ثم تارة يُجعل الناسي أولى بأن لا يحنث، لأن النسيان أكثر وقوعاً، فهو أولى بأن يجعل عذراً، وتارةً يجعل الناسي، أولى بأن[4] يحنث، لأنه قد ينسب إلى التقصير، بترك التحفظ، ويدل عليه أن من أكره على إتلاف مال الغير، لايستقر عليه الضمان، ومن أتلفه ناسياً، يستقر عليه الضمان ويَخْرُجُ من الترتيبين، طريقان:

تقطع إحداهما[5] بالحنث والأخرى: تمنع الحنث.

ويجرى الخلاف في صورة الجهل، مثل: أن يدخل الدار، وهو لايعرف أنها الدار التي حلف، أن لايدخلها.

= وقال عنه الألباني "صحيح" الإرواء ١/١٢٣، حديث ٨٢. ولايخفى أن هذا الحديث قد تكلم علماء الحديث في طرقه، ومن أخرجه بتفصيلات وافيةً. وللاطلاع على مثل ذلك. ينظر: نصب الراية للزيلعي، ط٢، ادارة المجلس العلمي٠٠٠، سملك، كجرات الهند، ٢/٦٤ - ٦٦، وتلخيص الحبير ١/٢٨١ - ٢٨٣، وإرواء الغليل ١/١٢٣و ١٢٤.

(١) في ب، ظ "لا".

(٢) هو: محمد بن الفضل بن سلمة بن عاصم البغدادي المشهور بأبي الطيب بن سلمة. من متقدمي كبار فقهاء الشافعية، وأصحاب الوجوه.
له مؤلفات عدة، توفي عام ٣٠٨هـ رحمه الله.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٤٦، شذرات الذهب ٢/٢٥٣.

(٣) انظر: الأم ٧/٧٥، والمختصر ١٩٤، والروضة ١١/٧٩.

(٤) في ز : "لايحنث".

(٥) "إحداهما تقطع" ليست في ز.

ومثل أن يحلف لايسلم على زيد ثم سلم عليه في ظلمة، وهو لا يدري أنه زيد، وقد يُرتب الجاهل على الناسي، ويجعل الجاهل أولى بالحنث، لأن الجاهل الغالط، في غروب الشمس يفطر والناسي لا يفطر.

وعن أحمد رحمه الله في الصور روايتان كالقولين، ورواية ثالثة أن الحنث لايحصل، لكن يقع الطلاق إذا وجد الفعل المعلق عليه، على أحد هذه الوجوه[١].

وردّ الأصحاب ذلك، ونفوا الفرق[٢].

وفيه دليل على أنهم لا يرتضون مايحكى عن اختيار القفال[٣] من وقوع الطلاق، ونفي الحنث؛ لأن اليمين والمحافظة عليهما أشبه بالعيادات، فيؤثر فيها النسيان[٤] وإذا حكمنا بعدم الحنث في الناسي، والجاهل[٥]، فهل تنحلُّ اليمين؟

فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الفعل موجود حقيقة، وإنما لم يثبت حكم الحنث للعذر، وأشبههما[٦]، وبه أجاب الصيدلاني: أنه لا تنحل اليمين، لأنا اذا[٧] لم نحنثه، لم نجعل يمينه متناولة، لما وجد، إذ لو تناوله[٨]، لحنث، كما لو قال: لا أفعل طائعاً،

---

(١) انظر تفصل ذلك وافياً في: المقنع ص ٣١٦، والإنصاف ١١/٢٣ و ٢٤و ٢٥.

(٢) انظر: الوجيز ٢/٥٦ و ٥٧، والروضة ٨/٥٦ و ٥٧، ومغني المحتاج ٢/٢٨٩.

(٣) هو عبد الله بن أحمد بن عبد الله أبوبكر. المشهور بالقفال المروزي، والقفال الصغير، أحد أئمة الشافعية الرفعاء، شيخ الخرسانيين، كان معتمد المذهب في زمانه، إذا أطلق في كتب الفقه فهو المقصود، له مؤلفات كثيرة، منها " شرح التلخيص" و "كتاب الفتاوى" و "شرح فروع ابن الحداد المصري" وغيرها.
ولد عام ٣٢٧هـ، وتوفي بسجستان عام ٤١٧هـ وله ٩٠ سنة. انظر: طبقات الشافعية لابن السبكي ٣/١٩٨ - ١٩٩، تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٨٢ - ٢٨٣، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٨٢و ١٨٣.

(٤) في ز "النسيان فيهما".

(٥) "في الناسي والجاهل" ليست في أ، ب، ظ.

(٦) "نعم، لأن . . . وأشبههما" ليست في ز.

(٧) "إذا" ليست في أ، ب.

(٨) في ز "تناولته".

ولا مكرهاً وإذا لم[1] يتناوله، ثم وجد ما يتناوله لزم الحنث[2].

وإذا حلف لايدخل الدار، فانقلب في نومه، وحصل في الدار، لم يحنث. وإن حُمِلَ قهراً، وأدخل، فقد قيل: هو على الخلاف، فيما لو أكره حتى دخل لأنه حصل، في الصورتين، الدخول بغير اختياره.

والصحيح وهو المذكور في الكتاب، أنه لايحنث، لأن اليمين انعقدت على دخوله، ولم يوجد منه الدخول لاطائعا ولا مكرهاً، وإنما الموجود إدخاله الدار.

ولذلك نقول، لا تنحل به اليمين، والحالة هذه بلا خلاف. ولو حمل بغير إذنه لكنه، كان قادراً على الامتناع فلم يمتنع، فالظاهر، أنه لايحنث أيضاً؛ لأنه لم يوجد منه الدخول[3]، ومنهم من جعل سكوته بمثابة الإذن في الدخول، وبه قال: مالك[4] -رحمه الله-.

ولو حمل بأمره حنث، وكان[5] كما لو ركب دابة، ودخلها، ويصدق أن يقال: والحالة، هذه دخلها على ظهر فلان، كما يصدق أن يقال: دخلها، راكباً.

وقوله في الكتاب: "كما علقه على نفسه". والحكم لا يختص بفعل نفسه. بل سواء كان فعلهُ، أو فعل غيره، فإذا وجد بالإكراه، أو النسيان، ففيه الخلاف[6]. هذا هو الظاهر.

وفيه شيءٍ قدمناه في مسألة، الحلف على مفارقة الغريم[7]، وقوله: "ففيه قولان" مُعلم بالواو للطرق المذكورة، وكذا قوله: "لم يحنث".

---

(١) "وإذا لم" ليست في أ.

(٢) انظر: الروضة ١١/٧٩، ومغني المحتاج ٤/٣٣٥.

(٣) انظر: الروضة ١١/٧٩.

(٤) انظر: مختصر خليل ص ٩٦، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/١٤٣.

(٥) في ز : "فكان".

(٦) انظر: الروضة ١١/٧٩.

(٧) في ص ١١٢ وما بعدها.

(قال [الغزالي]: ولو سَلَّم على قوم فيهم زيد، واستثناه بقلبه، أو بلفظه، لم يحنث، وإن لم يستثني حنث على الصحيح. ولو قال: لا أدخل على زيد، فدخل على قوم هو فيهم، واستثنى بقلبه دخوله، ففيه وجهان:

وإن[١] دخل ولم يعلم، فقولان، مرتبان على ما إذا[٢] كان وحده وهو جاهل، وأولى، بأن لا يحنث، وإن دخل لشغل آخر، ولم يعلم، أنه فيهم، وكان فيهم[٣] وحده، فالنص: أنه لايحنث، لانضمام الجهل، إلى صارف عنه، إلى الشغل، وفيه قول، مخرج أنه كالناسي)[٤].

[فصل: فيما لو قال: لا أسلم على زيد، فسلم على قوم هو فيهم]

[قال الرافعي] / فيه صورتان: إحداهما: إذا حلف، لايسلم على زيد، فسلم (٤١٥/ز) على قوم، فيهم زيد، و لم يعلم أنه فيهم، ففي الحنث، قولا حنث الناسي، والجاهل، وإن علم أنه فيهم، ونوى السلام عليه معهم، حنث، وفيه ماحكينا عن "البيان"[٥] فيما، إذا حلف لايكلم فلاناً ثم سلم على قوم هو فيهم، وقصده بالسلام[٦].

وإن استثناه بلفظه، فقال: إلا على فلان، لم يحنث، وإن عزله، واستثناه بنيته فكذلك[٧] وقد أراد بالعام الخاص.

ومنهم من أثبت فيه[٨] خلافاً نذكره في الصورة الثانية.

---

(١) في ز "ولو".

(٢) في أ ، ب ، ظ "فقولان، كما إذا كان".

(٣) في ز : "فيه".

(٤) "أنه كالناسي" ليست في ز.

(٥) انظر ص٨٣ .

(٦) انظر: الروضة ٦٤/١١، والمجموع ٢٩١/١٨.

(٧) على المذهب "لأنه أخرجه بالاستثناء عن أن يكون مُسَلِّماً عليه". مغني المحتاج ٣٣٥/٤، والروضة ٦٥/١١، ٧٩.

(٨) "فيه" ليست في ز.

وإن أطلق، و لم يقصد شيئاً، فعلى قولين: ذكرناهما فيما إذا حلف، لايكلم فلانا، فسلم على قوم هو فيهم وأطلق[١]، وقد توجه المنع أيضاً بأنه لم يسلم عليه خاصة، وهو المفهوم من مطلق لفظه، والظاهر الحنث.

وقوله: في الكتاب "ولو سلم على قوم فيهم زيد"[٢] يعني، فيما إذا حلف، لا يسلم على زيد، و لم يستكمل ذكر الصورة، اكتفاءً بما تقدم في قوله: وصورة الجهل أن يقول: لا أسلم على زيد.

الثانية: لو قال: لا أدخل على زيد، فدخل على قوم، هو فيهم، فاستثناه[٣] بقلبه، وقصد الدخول على غيره. ففيه طريقان:

أحدهما: وهو المذكور في "الكتاب"[٤]، وفي "التهذيب": أن فيه قولين، أو وجهين.

أحدهما: أنه لايحنث؛ لأن مقصوده الدخول على غيره.

والثاني: يحنث لوجود صورة الدخول على الجميع[٥]. وأشار ابن الصباغ وغيره إلى أخذ القولين، من قولين[٦] للشافعي - رضي الله عنه - فيما إذا حلف، لا يكلم فلاناً، فسلم على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه، هل يحنث؟ هكذا ذكروه، وإذا تأملت كلامهم في تلك المسألة وجدتهم مشيرين إلى القطع: بأنه لايحنث، أو مصرحين به، ومنهم من يجعل الخلاف هاهنا أصلاً، ثم يجريه في مسألة السلام؛ وكيف ما قُدِّرَ، فالظاهر في الدخول، أنه يحنث.

وفي مسألتي الكلام، والسلام: أنه لايحنث.

---

(١) هما الأول: "أنه يحنث"، وهو الأظهر، لأن العام يجري على عمومه مالم يخصص. والثاني: لايحنث، لأن اللفظ صالح للجميع، وللبعض فلا يحنث بالشك، فإن قصده، حنث قطعاً" مغني المحتاج ٣٣٥/٤، والروضة ٦٥/١١.

(٢) في أ "هو فيهم وحده".

(٣) في ز "واستثناه".

(٤) الوجيز ٢٣٢/٢.

(٥) انظر: الروضة ٨٠/١١، ومغني المحتاج ٣٣٥/٤.

(٦) انظر: الأم ٨٠/٧.

والفرق: أن الدخول فعل لايدخله الاستثناء فلا ينتظم، أن يقول دخلت عليكم، إلا على فلان.

ويصح أن يقول: سلام عليكم، إلا على فلان. ولو دخل بيتاً فيه زيد وحده[١]، ولم يعلم أنه فيه فالحنث على القولين[٢]، في الجاهل، والناسي.

ولو كان في جماعة، ولم يعلم به[٣] فقد رتب في "الكتاب"[٤] هذه الصورة، على الصورة السابقة وجعلها أولى بأن لايحنث، لأنه إذا لم يعلم به كان قصده[٥] الدخول على غيره، فينضم ذلك إلى الجهل.

ولو كان زيد في البيت ولم يعلم به ودخل لشغل آخر من نقل متاع، وغيره فهذه الصورة أولى بعدم الحنث، لانضمام قصد الشغل إلى الجهل.

وذكر الإمام: أن "الشافعي" - رضي الله عنه - نصَّ في هذه الصورة على أنه لايحنث، وأن "الربيع" خرَّج قولاً آخر، وجعلها على الخلاف في النسيان والجهل[٦].

وقوله: "لانضمام الجهل إلى صارف عنه، إلى الشغل" كأنه يعني إلى صارف للدخول على زيد إلى الشغل.

والصارف هو قصد الشغل، وإن علم أنه فيه وقصد الدخول لشغل آخر، ففيه طريقان:

أحدهما: أنه كما لو كان معه غيره فقصد الدخول على غيره.

والثاني: القطع[٧]، بأنه يحنث؛ لأن هناك غيره مدخول عليه، فأمكن صرف الدخول إليه بالتسمية والمتاع، لايمكن أن يكون مدخولاً عليه.

---

(١) "وحده" ليست في أ، ب، ظ.

(٢) أظهرهما: لايحنث. انظر: الروضة ١١/٧٩، ومغني المحتاج ٤/ ٣٣٥.

(٣) "به" ليست في أ، ب ، ظ.

(٤) الوجيز ٢/٢٣٢.

(٥) في: ب "قصد".

(٦) راجع ذلك في الأم ٧/٨٠، والروضة ١١/٨٠.

(٧) انظر: الروضة ١١/٨٠.

وللأول[١]: أن يقول: نعم، ولكن إذا دخل لنقل المتاع، أمكن أن يقال: لم يدخل على أحد كما إذا دخل لنقل المتاع، و لم يكن فيه، زيد ولا غيره.

وإن كان الحالف في البيت فدخل عليه زيد، نُظِر إن خرج الحالف في الحال لم يحنث، وإن أقام فقد بُني الحنث، على الخلاف، في أن استدامة الدخول هل هي دخول؟

إن قلنا: نعم، حنث، وإلا فلا، وأشير إلى طريقة أخرى، قاطعة، بأنه لايحنث، ووجهها "ابن الصباغ": بأنا إذا جعلنا استدامة الدخول كابتدائه، كانا كالداخلين معاً، فلا يكون أحدهما داخلاً، على الآخر[٢].

هذا ما أشتمل عليه الكتاب من أبواب "الأيمان" بشرحها، ونختمه بأصول مأثورةٍ، وفروعٍ منثورةٍ في فصلين.

[الفصل الأول: في الأصول المأثورة]

المسألة الأولى: في انعقاد يمين الصبي والمجنون والسكران والكافر.

قال الرافعي: الأول: في الأصول: لاينعقد يمين الصبي، والمجنون، ولا يمين المكره، لما[٣] روى أن النبي صلى الله عليه وسلم: قال: "ليس على مقهورٍ يمين"[٤].

وفي يمين السكران الخلاف المذكور، في الطلاق[٥]. وينعقد يمين الكافر.

---

(١) في: أ ، ب ، ظ "والأول يقول".

(٢) قال النووي في الروضة ١١/٨٠ "الذي قاله ابن الصباغ حسنٌ، والمذهب أنه لايحنث". انظر: مغني المحتاج ٤/٣٣٤.

(٣) "لما" ليست في: ب، ظ. وفي ز يروى.

(٤) الحديث: أخرجه الدارقطني - في سننه - من كتاب النذور ٤/١٧١، ط ٢، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، عالم الكتب، بيروت.
وقال فيه ابن حجر "وفيه الهياج بن بسطام، وهو متروك، وشيخه عنبسة متروك أيضاً مكذب. ثم هو من رواية الدارقطني عن شيخه أبي بكر محمد بن الحسن النقاش المقري، المفسر، وهو ضعيف، عنده، وقد كذب أيضاً". تلخيص الحبير ٤/١٧١، حديث ٢٠٥٥.
وقال: أبو الطيب محمد أبادي: "وفي اسناده عنبسة وهو ضعيف قال: في التنقيح: حديث منكر، بل موضوع، ومن جماعة ممن لايجوز الاحتجاج بهم". التعليق المغني على الدارقطني.

(٥) السكران المتعدي بشرب الخمر مسكر، أو بشرب دواء ٠٠٠ لغير غرض صحيح فزال عقله ٠٠ فعلى قولين: أحدهما: يقع طلاقه على المذهب المنصوص في كتب الشافعي ٠٠ الثاني: لايقع وهو قول قديم ، وعليه جماعة هذا في المذهب الشافعي. انظر: الروضة ٨/٦٢، ومغني المحتاج ٣/٢٤٥، ولمزيد من التفصيل. ينظر: الهداية ١/٢٣٠، ومختصر خليل ص =

حلف لايدخل الدار، ثم قال: أردت شهراً، أو يوماً.

المسألة الثانية حلف لا يدخل الدار فقال أردت شهراً ونحو ذلك

فإن كانت اليمين بالطلاق، أو العتاق، لم تقبل في الحكم، ويدين، فيما بينه، وبين الله تعالى ويلحق بهما الإيلاء، لتعلقه بحق الآدمي، وإن كانت اليمين بالله تعالى.

و لم تتعلق بحق آدمي[(١)]، قبل ظاهراً وباطناً، لأنه أمين في حقوق الله تعالى.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه تلغو نية التأقيت[(٢)].

المسألة الثالثة حلف لا يكلم أحداً ثم قال: أردت زيداً ونحو زذلك

ولو حلف لايكلم أحداً ثم قال: أردت زيداً، أو من سوى زيد، أو لا يأكل طعاماً، ونوى طعاماً بعينه تخصصت اليمين بما نوى[(٣)].

وعن أصحاب أبي حنيفة خلافه[(٤)].

عن القفال قال: سمعت الشيخ أبا زيد[(٥)] يقول: "لا أدري على ماذا بنى الشافعي - رضي الله عنه - مسائل الأيمان إن كان يتبع اللغة.

المسألة الرابعة حلف لا يأكل الرؤوس

فمن حلف لايأكل الرؤوس، ينبغي، أن يحنث برؤوس[(٦)] الطير، والحيتان .

وإن اتبع العرف، والعادة فأصحاب القرى، لايعدون الخيام بيوتاً.

وقد قال الشافعي رضي الله عنه: لا فرق[(٧)] بين القروي والبدوي.

١٣٧، والتنقيح المشبع ص ٣١٤، وانظر: الإشراف على مذاهب العلماء، لابن المنذر تحقيق أبوحماد، ط١، دار طيبة، الرياض، ١٩٠/٤، والإفصاح لابن هبيرة ١٥٣/٢. الإفصاح

(١) "آدمي" ليست في أ.

(٢) انظر: المبسوط ١٧٧/٨ و ١٧٨.

(٣) "بما نوى" ليست في ب، ظ.

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) هو: محمد بن أحمد بن عبد الله المروزي. المشهور بالشيخ أبي زيد. الزاهد "كان أحد أئمة المسلمين، ومن أحفظ الناس لمذهب الشافعي. وأحسنهم نظراً".
ولد عام ٣٠١هـ. أخذ العلم عن أبي إسحاق المروزي وأخذ عنه أبوبكر القفال المروزي، توفي عام ٣٧١هـ رحمه الله، .
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٤٤/١ و ١٤٥، تاريخ بغداد ٣١٤/١، وشذرات الذهب ٧٦/٣.

(٦) في: ب "برأس".

(٧) في: أ ، ب، ظ "الفرق" وهو خطأ. انظر: الأم ٧٢/٧، ومختصر المزني، ص ٢٩٤.

وقد قدمنا ما تمهد به الفرق بين هاتين المسألتين، وفيهما ماتبين، أنه يتبع قضية اللغة، تارة، وذلك عند ظهورها، وشمولها وهو الأصل[١]. والعرف إذا اشتهر[٢] واطرد أجزى[٣].

اللفظ الخاص في اليمين، لايتعمم بالسبب، والنية والعام[٤] قد يتخصص.

مثال الأول: إذا منَّ عليه غيره بما نال منه، فقال: والله لاشربت لك[٥] بعد هذا ماءً من عطش، ينعقد اليمين، على الماء خاصة، فلا يحنث بأكل طعامه، وليس ثيابه، وإن نوى أنه لاينتفع بشئ. فالمنازعة[٦] /الجارية، بينهما تقتضى ما نواه. (٤١٦/ز)

وإنما تؤثر النية إذا احتمل اللفظ المنوي، بجهة يتجوز بها، وعن مالك رحمه الله، يحنث بكل ما ينتفع به من ماله[٧].

قال الشيخ أبوحامد: أصل الخلاف أن الاعتبار عندنا باللفظ، ويُرَاعى[٨] عمومه، وإن كان السبب خاصاً، وخصوصه، وإن كان السبب عاماً، وعنده الاعتبار بالسبب دون اللفظ.

وأما تخصيص العام، فتارة يكون بالنية، كما ذكرنا فيما إذا قال: لا أكلم أحداً[٩] وتارة يعرف الاستعمال، كما مرَّ في قوله: ولا آكل الرؤوس[١٠]، وتارة

---

(١) "وهو الأصل" ليست في ز.

(٢) في أ "استمر" وفي ب "الاستمرار.

(٣) راجع تفاصيل الفرق بين المسألتين. الوجيز ٢٢٦/٢، وفتح العزيز على الوجيز، مخطوط، الباب الثالث، النوع الأول، مايتعلق بدخول الدار، فيلم رقم ٢٥١١ ج ١٧، بدون ترقيم، المكتبة المركزية بالمدينة المنورة، الجامعة الإسلامية. وانظر: الروضة ٣٠/١١، ومغني المحتاج ٣٣٥/٤ - ٣٣٦، والمطبوع العزيز ٢٨١/١٢.

(٤) انظر: تعريف العام والخاص، المستصفى من علم الأصول للغزالي، ط١ بالمطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣٢٤هـ، ٣٢/٢.

(٥) "لك" ليست في ب.

(٦) في ز "والمنازعة".

(٧) انظر: الشرح الكبير ١٣٨/٢.

(٨) في ز "فيراعي".

(٩) في ب "واحداً. وانظر ص١٣٠، والروضة ٦١/١١.

(١٠) انظر: ص١٣٠، والروضة ٣٧/١١.

يعرف الشرع، كما يحمل قوله: "لا أصلي": على الصلاة الشرعية[١].

يعتبر[٢] اللفظ بحقيقته[٣]، ويصرف إلى المجاز تارة بالنية كما إذا قال: لا أدخل دار زيد، وقال: أردت، ما يسكنه دون ما يملكه[٤]، فيقبل في الحلف بالله تعالى ولا يقبل في الحكم إذا حلف بالطلاق، والعتاق.

وذكره[٥] ابن الصباغ وغيره.

وتارة يكون المجاز متعارفاً، وكون الحقيقة بعيدة.

ومثلَّهُ القاضي الحسين بما إذا حلف: لا يأكل من هذه الشجرة، تحمل اليمين على الأكل من ثمرتها، ولا تُحمل على الأوراق والأغصان.

وإن[٦] كانت الحقيقة متعارفة حُملت اليمين عليها كما إذا قال لا آكل من هذه الشاة، تحمل اليمين على الأكل من لحمها، فلا يحنث، بالأكل من لبنها، ومن لحم نتاجها[٧].

ذكر القاضي ابن كج: إذا قال: "والله لا دخلت الدار، والله لا دخلت الدار"، ونوى التأكيد، فهو يمين واحدة، وإن نوى بالثاني يميناً آخرى، أو أطلق، فتلزمه بالحنث كفارةٌ[٨] أو كفارتان؟ فيه وجهان[٩].

المسألة الخامسة قال: والله لادخلت الدار، لادخلت الدار.

وأنه لو قال: والله لا دخلت الدار، لا دخلت الدار، لم يعد اسم الله، فهو يمين واحدة إن نوى التأكيد، وكذا إن أطلق على الظاهر.

وإن نوى الاستئناف، قال: عندي أن الجواب كذلك.

---

(١) انظر: الروضة ٦٦/١١.

(٢) "يعتبر" ليست في أ، ب، ظ.

(٣) انظر: تعريف الحقيقة والمجاز، المصباح ١٤٤/١، والمستصفى ٣٤١/١.

(٤) "دون مايملكه" ليست في ب، ظ.

(٥) في أ، ب ، ظ "وذكر".

(٦) في ز "فإن".

(٧) في أ "بناتها".

(٨) في ب "فتلزمه كفارة بالحنث".

(٩) الأصح كفارة واحدة. ذكره النووي في الروضة ٨٢/١١، وانظر: مغني المحتاج ٣٤٢/٤.

وجعله أبو الحسين[1] رحمه الله على وجهين.

وعن الحَلِيْمِيِّ[2]: أن اليمين المعقودة على المملوك[3] المضاف يعتمد المالك، دون المملوك، والمعقود[4]، على غير المملوك المضاف، يعتمد المضاف دون المضاف إليه، فإذا حلف، لايكلم عبيد فلان ولا عبدَ له. ثم ملك عبيداً، فكلمهم يحنث.

المسألة السادسة حلف لا يكلم بنيه ولا ابن له، ثم وُلِدَ له بنون فكلمهم ونحو ذلك.

ولو حلف لايكلم بنية، ولا ابن له، ثم ولد له بنون فكلمهم، لايحنث؛ لأنهم لم يكونوا موجودين يوم حلف حلف لايكلم الناس، ذكر ابن الصباغ وغيره: أنه يحنث إذا كلم واحداً، كما إذا قال: لا آكل الخبز يحنث، بما أكل من الخبز[5]. ولو حلف لايكلم ناساً، ذكر بعض الأصحاب أن اليمين تنصرف إلى ثلاثة، ويوافق الأول مافي كتب أصحاب أبي حنيفة[6]، أن لفظ الجمع، إذا دخله لام التعريف، كان للجنس[7] حتى إذا قال: إن تزوجت النساء، واشتريت العبيد فامرأتي طالق، وقع الطلاق، بتزوج امرأة واحدة، وشراء عبدٍ واحدٍ. ولفظ "الناس" لفظ جمع[8].

ويوافق الثاني: ماذكروا أنه لو قال: إن تزوجت نساءً، أو اشتريت عبيداً حمل على ثلاثة[9].

---

(١) هو أحمد بن محمد بن أحمد بن القطان البغدادي المشهور بأبي الحسين، من أئمة الشافعية الكبار آخر أصحاب ابن سريج وفاة، درس ببغداد. له مصنفات عدة في أصول الفقه، وفروعه. توفي سنة ٣٥٩هـ. انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢١٤/٢ و ٢١٥، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٢٤/١ و ١٢٥.

(٢) هو الحسين بن الحسن بن محمد، أبو عبد الله المشهور بالحليمي كان شيخ الشافعية بما وراء النهر، وأأدبهم ، وأنظرهم بعد استاذه القفال الشاشي، له مصنفات مفيدة، ولد بجرجان سنة ٣٣٨هـ، وتوفي سنة ٤٠٦هـ. انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٧٨/١ و ١٧٩، طبقات الشافعية لابن هداية الله، ص ١٢٠و ١٢١، شذرات الذهب ١٦٧/٣.

(٣) "المملوك" ليست في أ.

(٤) في ز "المعقودة".

(٥) انظر: الروضة ٨٣/١١، ومغني المحتاج ٣٣٩/٤.

(٦) انظر: المبسوط ١٧/٩، وفتح القدير ٤٢٩/٤.

(٧) انظر: تيسير التحرير ٢١٤/١.

(٨) انظر: المصباح المنير ٢٦/١.

(٩) انظر: المبسوط ١٧/٩، وفتح القدير ٤٢٩/٤.

المسألة السابعة حلف لايدخل داري أحدٌ، ولا يلبس قميصي أحدٌ ونحو ذلك.

في كتب أصحاب أبي حنيفة: أن المعرفة لا تدخل تحت النكرة لمغايرتها، فإذا قال: لا يدخل داري أحد، ولا يلبس قميصي أحدٌ[1]، دخل فيه غير الحالف، ولم يدخل الحالف، لأنه صار معرفاً بإضافته للدار، والقميص إلى نفسه، وكذا[2]: لو عرف نفسه بإضافة الفعل، كما إذا قال: لا ألبسُ هذا القميص أحداً[3]، ولو عرف غيره بالإضافة إليه فقال: لا يدخل دار فلانٍ أحدٌ، ولا يلبس قميصه، لم يدخل المضاف إليه، لأنه صار معرفاً.

وكذا لو قال: لايقطع هذه اليد، أحد وأشار إلى يده، لم يدخل هو، لأنه متصل به، فصار معرفاً، وقد يتوقف في هذه الصورة الأخيرة، والسابق إلى الفهم فيما قبلها، وماذكروه[4]، ويجوز أن تخرج الصورة الأولى على الخلاف، في أن المخاطب هل يندرج تحت الخطاب؟[5]. وفيها أن كلمة أو إذا دخلت بين نفيين اقتضت انتفاءهما[6] كما قال تعالى: ﴿وَلاَ تُطِعْ مِنْهُمْ آثِماً أَوْ كَفُوراً﴾[7].

وإذا دخلت بين اثباتين، اقتضت ثبوت أحدهما، فإذا قال: لا أدخل هذه الدار، أو هذه[8] الدار فأيتهما دخل حنث. ولو قال: لأدخلنَّ هذه الدار اليوم[9]. أو هذه الدار الأخرى، فيبرُّ[10] بدخول، واحدة منهما.

المسألة الثامنة قال: لا أدخل هذه الدار أبداً ونحو ذلك.

ولو قال: لا أدخُلُ هذه الدار أبداً، ولا أدخلن هذه الأخرى اليوم، فمضى اليوم، ولم يدخل واحدةً منهما يحنث؛ لأن عدم دخول[11] الأولى أبداً، شرط للبرِّ،

---

(١) "أحد" ليست في أ، ب ، ظ.
(٢) في أ ، ب ، ظ "وذكر".
(٣) انظر: تيسير التحرير ٨٧/٢.
(٤) قال النووي "الوجه الجزم بما ذكروه". الروضة ٨٤/١١.
(٥) انظر: تيسير التحرير ٢٥٦/١ و ٢٥٧.
(٦) انظر: تيسير التحرير ٨٧/٢ و ٨٨.
(٧) سورة الإنسان، آية: ٢٤.
(٨) في ز ، ط "أو لا أدخل" وهو خطأ.
(٩) "اليوم" ليست في ب.
(١٠) في ب "يبر".
(١١) في أ "الدخول" وهو غير صحيح.

وعدم دخول الثانية، في ذلك اليوم شرط الحنث، وإذا[١] وجد شرط الحَنْثِ، حَنَثَ.

ويشبه أن يقال: إذا دخلت بين نفيين كفى للبر، أن لا[٢] يدخل واحدة منهما، ولا يضر، دخول الأخرى، كما أنها إذا دخلت بين اثباتين، كفى للبر أن يدخل واحدة منهما، ولا يضر أن لا[٣]يدخل الأخرى.

وإذا قال: لا أدخل هذه الدار أبداً، أولأدخلن الدار الأخرى اليوم، فإن دخل الأخرى اليوم بر، وإن لم يدخلها اليوم، و لم يدخل الأخرى أبداً يبر أيضاً. وفي "الإقناع" للماوردي[٤]: أنَّه إذا قال: لا[٥] أكلت خبزاً، أو لحماً يرجع إلى إرادته منهما فيتعلق اليمين به[٦].

[و[٧] الفصل الثاني: في الفروع المنثورة]

حلف لا يدخل هذه[٨]، وأشار إلى دار، فانهدمت، حنث، بدخول عَرْصَتِها[٩].

---

(١) في ب "فإذا".

(٢) "لا" ليست في أ.

(٣) "لايدخل" ليست في أ.

(٤) انظر: الإقناع، للماوردي، تحقيق خضر محمد خضر، ط ١، ١٤٠٢هـ، مكتبة دار العروبة، ص ١٩١.

والإقناع: هو كتاب في الفقه الشافعي، مختصر، صغير الحجم مجرد عن الدليل لمؤلفه: على ابن محمد بن حبيب قاضي القضاة الإمام، أبوالحسن المشهور بالماوردي، من كبار أئمة الشافعية ومن أصحاب الوجوه، كان ثقةً. ولي القضاء ببلدان كثيرة، كان مقدماً لدى السلطان، له عدة مؤلفات منها، "الحاوي"، و "الاحكام السلطانية"، و "الإقناع"، وغيرهم كثير، توفي سنة خمسين وأربعمائة رحمه الله.

انظر ترجمته: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٣٠، ٢٣١، وكشف الظنون ١/١٤٠، ومصباح السعادة ٢/٣٠٠، وطبقات الشافعية لابن هداية الله، ص ١٥١، ١٥٢.

(٥) "لا" ليست في أ.

(٦) انظر: الروضة ١١/٨٤.

(٧) " و " ليست في ز.

(٨) في أ، ظ "هذا".

(٩) العرصة: عَرْصَة الدار ساحتها، وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء، والجمع - عِرَاصٌ. انظر: المصباح المنير ١/٤٠٢.

ولو قال: لا أدخل هذه الدار، فانهدمت، ينظر: إن بقي أصول الحيطان، والرسوم، حنث، بدخولها، وإن صارت فضآءً، لم يحنث، على المشهور[١].

وجعله الإمام على الوجهين، فيما إذا قال: لا أكل هذه الحنطة، فأكل دقيقها، أو خبزها[٢].

وكذا لو قال: لا أدخل داراً، فدخل عرصةً كانت داراً، وكذا لو حلف: على لفظ البيت[٣].

وقال أبوحنيفة - رحمه الله - في الدار المعيَّنةِ: يحنث، إذا دخل عرصتها / (٤١٧/ز) ووافقنا في الدار المطلقة، وفي البيت[٤].

وقال أحمد - رحمه الله -: يحنث في الدار، والبيت إذا كانا معينين[٥].

ولو جعلت الدار مسجداً أو بستاناً أو حماماً، لم يحنث بدخوله، ولو أعيدت الدار بغير الآلة الأولى، فدخلها، لم يحنث، وإن أعيدت بتلك الآلة فوجهان[٦].

المسألة الثانية حلف لا يشُمُّ الريحان ونحو ذلك

حلف: لايَشُمُّ الريحان، يحنث بشم الضَّيْمران[٧] دون الورد والبنفسج[٨] والمرزنجوش[٩] والزعفران[١٠]، ويمكن أن يقال: هذا فيما إذا عُرِف الريحان.

أما إذا قال: لا أشم ريحاناً، فيحنث بها جميعاً، فلا يستبعد إطلاق إسم الرياحين عليها.

---

(١) انظر: الأم ٧٣/٧، ومختصر المزني، ص ٢٩٤، الروضة ٨٤/١١، ونهاية المحتاج ١٨٢/٨.

(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ج٢٥، ٢٦، ٢٧ في مجلد لوحة ٧٠.

(٣) انظر: الروضة ٨٥/١١، ومغني المحتاج ٣٣٢/٤، ونهاية المحتاج ١٨٤.

(٤) انظر: الهداية ٧٦/٢ و ٧٧.

(٥) انظر: المقنع ص ٣١٨، وكشاف القناع ٢٥٩/٦.

(٦) انظر: مغني المحتاج ٣٣٢/٤، والروضة ٨٥/١١، حيث قال: "وأصحهما الحنث"

(٧) الضَّيْمُيران: هو الريحان الفارسي لانطلاق الاسم عليه حقيقة. انظر المصباح ٣٦٤/١، والريحان. "كل نبات طيب الريح، ولكن إذا أطلق عند العامة انصرف إلى نبات مخصوص..." المصباح ٢٤٣/١.

(٨) البنفسج: وزان سفرجل معرب وهو مشموم رطب ينقع: القاموس ١٧٩/١، المصباح ٦٢/١.

(٩) المَرْزَنْجُوش: قال ابن منظور في لسان العرب ٧٧/١٣ "المَرْزَجُوش: ???? وزنه فعْلَلُول بوزن عَضْرَفوط والمرزنجوش لغة فيه".

(١٠) والزعفران: معروف، وزعفرت الثوب صبغته بالزعفران. المصباح ٢٥٣/١.

ولو حلف: لايشمُّ مشموماً، حنث بشمِّ جميع ذلك ولايحنث يشم المسك، والكافور، والعود، والصندل.

ولو حلف: لا يشم الورد، والبنفسج، فشمهما بعد الجفاف، ففيه وجهان. ولايحنث بشمِّ دهنهما[١] خلافاً لأبي حنيفة، رحمه الله - في دهن البنفسج[٢]. ولأحمد رضي الله عنه - فيهما جميعاً[٣]. حلف لا يستخدم فلاناً فخدمه من غير أن يطلب الحالف ذلك[٤]، لايحنث خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - في عبد نفسه[٥]. حلف لا يتسرى، فيه ثلاثة أوجه، عن ابن سريج.أظهرها:ويحكى عن نصِّه في "الإملاء"[٦] أنَّ التَسَرِّيَ، يحصل بثلاثة أمور: ستر الجارية عن أعين الناس، والوطء، والإنزال[٧].

المسألة الثالثة حلف لا يستخدام فلاناً فخدمه من غيران يطلب الحالف ذلك.

المسألة الرابعة حلف لا يتسرى

والثاني: يكفي الستر والوطء وبه قال: أبوحنيفة - رحمه الله -[٨].

والثالث: يكفي الوطأ، وبه قال: أحمد[٩].

حلف: لا يقرأ القرآن، فقرأ جنباً، حنث.

المسألة الخامسة حلف لا يقرأ القرآن فقرأ جنباً.

وإن حلف ليقرأن، فقرأه[١٠] جنباً، بَّر، بخلاف ما لو نذر أن يقرأ، فقرأ جنباً[١١] لأن المقصود من النذر التقرب، والمعصية، لا يتقرب بها. ولو حلف: أن يقرأ[١٢] جنباً، بَّر بالقرآءة جنباً، وإن عصى. ولو نذر أن يقرأ جنباً، لغا نذره.

---

(١) انظر: الروضة ٨٥/١١، ومغني المحتاج ٣٤٢/٤ و ٣٤٣.
(٢) انظر: الهداية ٩٤/٢.
(٣) انظر: التنقيح المشبع، ص ٣٩٧.
(٤) "ذلك" ليست في أ.
(٥) انظر: المبسوط ١١/٩.
(٦) في أ "الإيلاء" وهو خطأ. و "الإملاء". قال عنه صاحب كشف الظنون ١٦٩/١. "الإملاء، للإمام المجتهد محمد بن ادريس الشافعي المتوفي سنة اربع ومائتين وهو في نحو أماليه حجما، وقد يتوهم أن الاملاء هو الأمالي وليس كذلك.
(٧) انظر: الروضة ٨٥/١١.
(٨) حاشية ابن عابدين ٨٠٩/٣.
(٩) التنقيح المشبع، ص ٣٩٧.
(١٠) في أ "فقرأ".
(١١) "جنباً" ليست في أ.
(١٢) في أ "يقرأه".

في فتاوي القفال وغيره: أنه إذا قال "بخداي سوكند خورذم كه يافلان سخن نكويم"[١] فهو يمين، لأنه لو اقتصر على قوله: "نجداي"[٢] كان يميناً.

وقوله: "سكوند خورذم"[٣] تأكيد لليمين، بخلاف ما لو قال: "بطلاق سوكند خورذم كه ماوى سخن نكويم"[٤] لايكون يميناً. ولو كَلَّمَهُ لا يقع الطلاق، لأن الطلاق مما لايُحْلَفُ به.

وأنه لو قال: "يخداي أكر بخانه اندر شوم" لم يكن يميناً، فإنه ترجمة قول القائل: با لله إن دخلت الدار.

وليس هذا كلاماً تاماً في نفسه، بخلاف ما إذا قال: "بخداي كه من يخانه اندر نشوم"[٥].

المسألة السادسة حلف لا يصلي على هذا المصلى ففرش عليه ثوباً.

وأنه لو قال: لا أصلي على هذاا لمصلى ففرش عليه ثوباً، وصلى فوقه، فإن نوى أن لا يباشره بقدمه؛ وجبهته، وثيابه، لم يحنث، وإلا حنث، كما لو[٦] قال: لا أصلي في هذا المسجد فوقف على حصيرةٍ وصلى[٧]. ولو علق به الطلاق ثم قال: أردت أني لا أباشره، دين، ولم يقبل في الحكم.

المسألة السابعة حلف لا يكلم فلاناً شهراً

وأنه إذا حلف: لا يكلم فلاناً شهراً، وهو في خلال شهرٍ هلالي، حسب ثلاثين يوماً، وإن لم يبق منه إلا يوم.

وإن حلف: في خلال اليوم الأخير، وخرج الشهر بعده ناقصاً كفاه ذلك.

المسألة الثامنة حلف لا يكلم فلاناً فولاه ظهره وقال يافلان افعل كذا

وأنه لو حلف: لا يكلم فلاناً فولاه ظهره، وقال: يافلان افعل كذا حنث. ولو أقبل على الجدار: وقال: ياجدار افعل كذا، لم يحنث. وإن كان غرضه إفهام ذلك

---

(١) هذا كلام فارسي معناه. "أقسمت با لله تعالى يافلان أن لا أتحدث معه".
(٢) كلام فارسي معناه "با لله تعالى".
(٣) معناه "أقسمت".
(٤) معناه "با لله لو دخلت الدار".
(٥) "با لله لا أدخل البيت".
(٦) "لو" ليست في أ.
(٧) انظر: الروضة ٨٦/١١.

الرجل، وكذا لو أقبل على الجدار، و لم يقل: ياجدار، ولا يافلان[١].

المسألة التاسعة حلف لا يلبس ثوباً من غزلها فرفع برقعة من غزلها

وأنه لو حلف: لا يلبس ثوباً من غزلها فرقع[٢] برقعة كرباس[٣] من غزلها، حنث[٤].

وعن أبي عاصم العبادي[٥]: أنه لايحنث، وتلك الرقعة تبع الثوب[٦].

ولو تكور بعمامة نسجت من غزلها، حنث، إن حلف بالعربية، وإن حلف بالفارسية فلا وإن التحف بلحاف من غزلها، لم يحنث.

المسألة العاشرة حلف لا يفعل كذا فجنّ وفعله في حال جنونه ونحو ذلك.

وأنه لو حلف: لا يفعل كذا، فجن وفعله في حال جنونه، ففي الحنث، قولان[٧].

وفي "المبتدأ"[٨] في الفقه للقاضي الروياني: أنه لو قال: لا أدخل حانوت فلان، فدخل الحانوت الذي يعمل فيه، وهو ملك لغيره، لايحنث.

كذا قال الشافعي - رضي الله عنه -

قال: والفتوى أنه يحنث، لأنه لايراد به إلا الذي يسكنه ويعمل فيه.

---

(١) انظر: مختصر المزني، ص ٢٩٤، والروضة ٨٦/١١.

(٢) في ب "فرقعه".

(٣) هو الثوب الخشن وهو فارسي معرب، بكسر الكاف، والجمع "كرابيس" وينسب إليه بائعُهُ فيقال "كرابيس" وهو نسبة لبعض أصحاب الشافعي. انظر: المصباح ٥٢٩/١.

(٤) في ز "يحنث".

(٥) هو: محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله العبادي الهروي، المشهور بأبي عاصم العبادي. أحد أعيان الشافعية، كان إماماً دقيق النظر، تنقل في بلدان عدة، له مصنفات مفيدة، منها كتاب "المبسوط"، و "الهادي"، و "طبقات الفقهاء" وغيرها كثير، توفي عام ٤٥٨هـ رحمه الله.
انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٤٢/٣، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٣٢/١.

(٦) قال النووي: "قول أبي عاصم هو الصحيح، لأنه لا يسمى لابساً ثوباً من غزلها". الروضة ٨٦/١١.
وانظر نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧ في مجلد لوحة ٧٠.

(٧) الصحيح: أنه لم يحنث لصدور الفعل من غير عاقل. انظر: مغني المحتاج ٣٥٠/٤ و ٣٥١.

(٨) هو كتاب صغير الحجم في الفقه الشافعي لمؤلفه، أبي المحاسن، عبد الوهاب الروياني الشافعي المتوفي ٥٠٢هـ.
انظر: كشف الظنون ١٤٥٦/٢ و ١٥٧٩، طبقات الشافعية للسبكي ٢٦٥/٤.

إذا قيل له: كلِّم زيداً اليوم، فقال: وا لله لاكلمته فاليمين على الأبد. إلا أن ينوي اليوم[١]، فإن كان ذلك في الطلاق وقال: أردت اليوم، لم يقبل في الحكم.

وعن أصحاب أبي حنيفة أن اليمين تنعقد على اليوم، وفي كتبهم، أنه لو قال: وسلطانُ اللهِ، فهو يمين، إن أراد به القدرة. وإن أراد المقدور، فلا[٢] وبه نقول[٣].

وأنه لو قال: "ورحمة الله، وغضبه" ، لم يكن يميناً، ويشبه أن يقال: إن أراد إرادة النعمة، وإرادة العقوبة، فهو يمين، وإن أراد الفعل فلا[٤].

المسألة الحادية عشر: حلف ليضربن امرأته حتى يغشى عليها أو يقول. ونحو ذلك

وأنه لو حلف: ليضربن امرأته حتى يغشى عليها أو تبول، فهذا على الحقيقة. ولو قال: حتى يقتلها أو ترفع ميتة، حمل على أشد الضرب، ويظهر على أصلنا الحمل على الحقيقة أيضاً.

ولو حلف: ليضربنها في كل حق وباطل، فيمكن أن يحمل على مايوجد منها من حق وباطل[٥]، ولا تعتبر الشكاية.

المسألة الثانية عشر: حلف لا يدخل هذه الخيمة فقلّت وضربت في موضع آخر، ونحو ذلك.

وأنه لو حلف: لايدخل هذه الخيمة، فقلعت، وضربت في موضع آخر، فدخلها، حنث. ولو حلف: لايجلس على هذه الإسطوانة، أو الحائط فأعيد بناؤهما[٦] بعد النقض، وجلس على المعاد، لم يحنث، وكذا لو حلف: على مقصٍّ أو سكينٍ أو سيفٍ، فكسر، وأُعِيدَت الصنعة. ولو نزع مسمار المقص ونصاب السكين، وأعيد مسمار آخر، ونصاب آخر، يحنث ولو حلف: لا يقرأ في هذا المصحف فحله[٧]، ثم ألف أوراقه، فقرأ فيه، حنث. ولو حلف: لايدخل هذا المسجد، فزيد فيه، فدخل موضع الزيادة، لم يحنث. ولو حلف: لايدخل مسجد بني فلان، فزيد فيه، فدخل

المسألة الثالثة عشر حلف لا يقرأ في القرآن هذا المصحف فحلّه ثم قرأ فيه.

---

(١) "اليوم" ليست في أ.

(٢) "فلا" ليست في أ.

(٣) الهداية مع فتح القدير ٤/٤١٧، وحاشية ابن عابدين ٣/٧١٦، وانظر: مغني المحتاج ٤/٣٢٢.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٤/٣٢٠، والروضة ١١/١١.

(٥) من "فيمكن أن يحمل ... حق وباطل" ليست في أ. وفي ب، ظ "فهذا على الشكاية بحق أو باطل، ويمكن أن يحمل على مايوجد منهما...".

(٦) في أ، ب: "بناوها" وهو خطأ.

(٧) في ب، ظ "فخطه" وفي ز "فجعله متفرقاً".

المسألة الرابعة عشر حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه فدخل موضع الزيادة

موضع الزيادة، حنث. ولو حلف: لايكتب بهذا القلم، فكسرة، ثم برأه، وكتب به، لم يحنث. وبأجوبتهم تجيب إلا في هذه الصورة[١] الأخيرة[٢].

(٤١٨/ز)

وأنه لو حلف، لا يأكل من كسب فلان، / فكسبه ما يتملكه من المباحات، وبالعقود، دون مايرثه .

المسألة الخامسة عشر حلف لا يكتب بهذا القلم، فكسره ثم براه، وكتب به.

ولو اكتسب فلان شيئاً، ومات فورث عنه[٣] ثم أكل منه الحالف، حنث. ولو انتقل إلى غيره بشراء، أو وصية، لم يحنث، لأن ما قبله غيره صار مكتسباً له فلا يبقى كسباً للأول، وماورثه غيره، لم يصر مكتسباً له، فيبقى[٤] مكتسباً للأول، ويكون كما إذا قال: مما زرع فلان[٥]، فأكل مما زرعه، وباعه من غيره، يحنث.

المسألة السادسة عشر حلف لا يأكل من كسب فلان.

ولك أن لاّ تفرق بينهما، ويشترط لمكتسبه أن يكون باقياً في ملكه، وقد يتردد فيما يدخل في ملكه باحتطاب عبده، وقبوله الهبة، والوصية، فيجوز أن يلحق مما يدخل في ملكه إرثاً، ويجوز أن يقال: يملك العبد أو إمساكه اكتساب لما يستفيده، ويجوز أن يفرق بين أن يكون العبد مكتسباً، أو موروثاً.

المسألة السابعة عشر في معنى الحلواء والشواء والطبيخ

وأن الحلواء كلُ حلو ليس في جنسه حامضٌ، نحو الخبيص[٦]، والعسل،

---

(١) أي مسألة القلم.

(٢) قال النووي في الروضة ٨٨/١١ "في موافقتهم في مسألة زيادة المسجد، نظر، وينبغي أن لايحنث بدخولها، لأن اليمين لم يتناولها حالة الحلف".
وأما قول الإمام الرافعي: إنا نخالفهم في مسألة القلم، فليس كما قال، بل مذهبنا فيها كما ذكروه قال القاضي أبوالطيب في كتاب "الصلح" من "تعليقه: ولو حلف لايكتب بهذا القلم وهو مبري فكسره، ثم براه، وكتب له، لم يحنث، وإن كانت الأنبوبة واحدة، لأن القلم اسم للمبري دون القصبة وانما تسمى القصبة قبل البري قلماً مجازاً، لأنها ستصير قلماً، قال: وكذا إذا قال: لا أقطع بهذا السكين، فأبطل حدها، وجعله في ظهرها أو قطع بها، لم يحنث.
قال: ولو حلف: لايستند إلى هذا الحائط، فهدم، ثم بنى واستند، إن بنى بتلك الآلة، حنث، وإن أعيد بغيرها أو ببعضها، لم يحنث. والله أعلم.

(٣) في أ، ب ، ظ "منه".

(٤) في ز "ويبقى".

(٥) "فلان" ليست في ب.

(٦) "الخبيص": هو طعام معمول من التمر، والسمن. انظر: القاموس المحيط ٣٠٠/٣، والمصباح ١٦٣/١.

والسكر دون العنب والإجَّاص[١] والرمان.

والأشبه أن يشترط في إطلاق الحلواء، أن يكون معمولاً، وأن يخرج عنه العسل والسكر[٢]، فالحلو، غير الحلواء[٣].

وأنَّ الشواء يقع على اللحم خاصة، ولا يدخل فيه السمك المشوي. وهذا كما أن اسم اللحم لايقع على السمك.

وأن الطبيخ يقع على اللحم، يجعل في الماء ويطبخ، وعلى مرقته.

وعن[٤] بعضهم أنه يقع على الشحم أيضاً، ولو طُبِخَ أرزٌ، أوعدس بودك[٥] فهو طبيخ.

ولو طبخ بزيت أو سمن، فليس بطبيخ[٦].

المسألة الثامنة عشر حلف لا يأكل المرق

وذكر أبو الحسن العبادي منّا في "الرقم"[٧] : أنه إذا حلف: لا يأكل المرق فهو مايطبخ باللحم، أي لحم كان، وما يطبخ بالكرش والبطون والشحم على وجهين.

المسألة التاسعة عشر حلف لا يأكل المطبوخ.

وإذا[٨] حلف: لا يأكل المطبوخ، يحنث بما يطبخ[٩] بالنار أو أعلي، ولا يحنث بالمشوي، والطباهجة[١٠] مشوية، ويحتمل غيره، وأن الغداء: من طلوع الفجر إلى

---

(١) "الإجّاص" مشدد ثمر الواحدة إجّاصة، معرب، وهو المشمش، والكمثرى بلغة الشاميين. انظر القاموس المحيط ٢٩٤/٢. والمصباح ٦/١.

(٢) "والسكر" ليست في ز.

(٣) قال النووي في الروضة ٨٨/١١ "هذا الذي اختاره الرافعي هو الصواب، وفي الحديث الصحيح: "كان يحب الحلواء والعسل".

(٤) في أ "علق".

(٥) الودك. بفتحتين وهو دسم اللحم والشحم. المصباح ٦٥٣/١.

(٦) قال النووي: "الصواب أن الكل طبيخ" انظر: الروضة ٨٩/١١.

(٧) هو كتاب في الفقه الشافعي. لمؤلفه: أبوالحسن العبادي أحمد بن محمد بن أحمد الهروي. أبوعاصم العبادي، كان من كبار الخرسانيين، توفي عام ٤٩٥هـ وله ثمانون سنة رحمه الله. انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٣١/٤ ولابن قاضي شهبة ٢٧١،١، ولابن هداية ص ١٨٤.

(٨) في أ، ب، ظ وإن.

(٩) في ز "طبخ".

(١٠) الطباهجة: هو اللحم المشرح، وهو معرب، انظر: القاموس المحيط ١٩٨/١.

الزوال، والعشاء من الزوال إلى نصف الليل.

المسألة العشرون في معنى الغداء والعشاء والسحور والضحوة والصبح

والسحور: مابين نصف الليل إلى طلوع الفجر ومقدار الغداء أو العشاء، أن يأكل أكثر من نصف الشبع، ولو حلف: ليأتينه غدوة، فهذا بعد طلوع الفجر إلى نصف النهار.

والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلاة إلى نصف النهار.

المسألة الحادية والعشرون حلف لا يكلم فلاناً فنبَّههُ من النوم، أو دقَّ عليه الباب فقال الحالف من هذا؟ ونحو ذلك

والصبح ما بعد طلوع الشمس إلى ارتفاع الضحى.

وقد يتوقف في كون العشاء من الزوال، وفي مقدار الغداء والعشاء، وفي امتداد الغدوة، إلى نصف النهار، وفي أن الضحوة من الساعة التي تحل فيها الصلاة.

وأنه لو حلف: لايكلم فلاناً فنبهه من النوم، حنث وإن لم ينتبه، وهذا غير مسلم .

ولو دق فلان عليه الباب، فقال: من هذا؟ حنث.

وينبغي، أن يفرق بين أن يكون عالماً أو جاهلاً.

وأنه لو قال: لا أكلمه اليوم، ولا غداً لم تدخل الليلة المتخللة(١) في اليمين.

ولو قال: لا أكلمه اليوم وغداً دخلت، والوجه التسوية بينهما(٢).

ولو قال: لا أكلمه اليوم ستة أشهر، فعليه أن يدع الكلام في ذلك اليوم، كلما دار في الستة الأشهر.

ولو قال: في يوم السبت لا أكلمه اليوم، يعني في السبت عشرة أيام، فاليمين على سبتين، وكذا لو قال: لا أكلمه يوم السبت يومين.

المسألة الثانية والعشرون حلف لا يكلم فلاناً في الشتاء أو الصيف أو يوماً ولا يومين ونحو ذلك.

ولو حلف: لايكلم فلاناً الشتاء، فأول ذلك إذا لبس الناس الحشو، والفراء وآخره(٣) إذا ألقوها في البلد الذي حلف فيه.

---

(١) في أ "المتخلفة".

(٢) "بينهما" ليست في ز. وانظر: الروضة ١١/٩٠.

(٣) في أ "أخرها".

والصيف على خلاف ذلك، والربيع آخر الشتاء، ومستقبل الصيف إلى أن ييبس العشب، والخريف، فصل بين الشتاء والصيف. والظاهر عندنا: حملها على المدد المعلومة.

ولو قال: لا أكلمه يوماً[١]، ولا يومين فاليمين على يومين.

فلو كلمه في اليوم الثالث، لم يحنث.

وهذا ما أورده أبوالحسن[٢] العبادي رحمه الله - قال: ولو قال: يوماً أو يومين، فاليمين على ثلاثة أيام لأنه عطف مبتدأ.

وأنه لو حلف : لايكلم فلاناً وفلاناً أو فلاناً، يحنث، بكلام الثالث، أو بكلام الأولين، لكن يجوز أن يريد أن لا يكلم الأول ولا[٣] أحد الآخرين، وحينئذ فيحنث، بكلام الأول[٤]، أو بكلام أحد الآخرين.

وينبغي أن يراجع ولو قال: لا أكلم فلاناً أو فلانا وفلاناً[٥]، يحنث، بكلام الأول[٦]، أو بكلام الآخرين. لكن يجوز، أن يريد أنه لايكلم الثالث، ولا يكلم أحد الأولين، وحينئذ فيحنث بكلام الثالث، أو بكلام أحد الأولين.

المسألة الثالثة والعشرون حلف لا يساكنه بالكوفة ونحو ذلك.

وأنه لو حلف لا يساكنه بالكوفة حمل على المساكنة بدار بالكوفة، إلا أن ينوي أنه لايسكن هو والمحلوف عليه بالكوفة وكذا[٧] لو حلف لا يساكنه في الدنيا.

وذكر أصحابنا: وجهين في أنه إذا نوى أن لا يسكن هو، والمحلوف عليه في البلدة هل تحمل اليمين على مانوى؟

---

(١) في ز "أو يومين".
(٢) في أ "أبو الحسين".
(٣) في أ "بكلام".
(٤) في ز "الأولين".
(٥) "فلاناً" ليست في ب.
(٦) قوله [بالكوفة حمل على المساكنة بدار بالكوفة إلا أن ينوي أنه لايسكن هو والمخلوف عليه بالكوفة وكذا ليست في أ ، ب ، ظ.
(٧) في أ ، ب ، ظ "وإنه".

المسألة الرابعة والعشرون: حلف ليهدمنَّ هذه الدار فهدم سقوفها أو هذا الحائط اليوم ونحو ذلك.

وجه المنع، أن ذلك ليس بمساكنةْ، وإذا نوى، مالايطابق اللفظ، لم تعمل النية بمجرَّدها، وقاسوه[1] على ما إذا قال: لا أساكنه، وزعم أنه أراد المساكنة في "إقليم".

وأنَّه لو[2] حلف: ليهدمنَّ هذه الدار فهدم سقوفها، برَّ، ويجوز أن يقال: ينبغي أن لا يبقى مايسمى داراً. ولو حلف ليهدمن هذا الحائط اليوم أو لينقضنه، فهذا حلف[3] على أن[4] يهدم حتى لا يبقى منه شيء يسمى حائطاً.

والكسر لا يعتبر فيه مايزيل اسم الحائط.

المسألة الخامسة والعشرون: حلف لا يرتكب حراماً أو لا يطأ امرأته حراماً.

وأنه لو حلف لا يرتكب حراماً، فهو على[5] الزنا. فإن كان الحالف خصياً مجبوباً حمل على[6] القبلة الحرام[7] ونحوها.

ولو حلف لا يطأ إمرأة وطأً حراماً، فوطأ امرأته وهي حائضٌ، أو مظاهرٌ عنها، لايحنث. ولا تساعدهم في المسألتين.

في فتاوى الفقيه أبي الليث[8]: أن قوله "حقاً أفعل كذا" ليس بيمين، عند بعضهم، كقوله "صدقاً". وقال: آخرون هو يمين، فإن الحقَّ هو الله تعالى.

فكأنَّه قال: الله[9]، أفعل كذا.

وينبغي أن يجعل كنايةً ويراجع.

وأنَّ بعضهم سئل عن قصَّارٍ[10] ذهب من حانوته ثوب فاتَّهمَ أجيراً له،

---

(١) في ب "وقاسه" وهو غير صحيح.

(٢) في ز "إذا".

(٣) "حلف" ليس في أ، ب ، ظ.

(٤) في ز "إنه".

(٥) "على" ليست في أ، ب ، ظ.

(٦) "حمل على" ليست في أ، ب، ظ.

(٧) "الحرام" ليست في ز.

(٨) هو: نصر بن حاتم بن بكير الفقيه أبوالليث الشالوسي و لم يؤرخ وفاته. انظر ترجمته: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١١٠٩/١ و ١٢٠.
وقال في كشف الظنون: "فتاوي أبي الليث - أحمد بن محمد بن أحمد السمرقندي المتوفى سنة ٣٨٣هـ، ١٢٢٠/٢.

(٩) "الله" ليست في ب، ظ.

(١٠) قصار: فاعل من قصاره. وهي الصِناعة. المصباح ٥٠٥/٢.

وقال: "تومر ازيان كردي"(١)/ فقال: "من ترازيان نكروم"(٢). (٤١٩/ز)

وحلف عليه وكان قد أخذ الثوب، وهو لغير القصار، فقال: أخشى أن يحنث، لأن مراد القصَّار الخيانة فيما في يده لا حقيقة(٣) الملك.

وقد توجه أيضاً بأن أخذ الثوب من حانوته إضرار به، لأنه يسؤ الظن(٤) به ويقع في معرض التهم، واللفظ مطلقٌ للإضرار، لا الإضرار في المملوك.

المسألة السادسة والعشرون حلف لا يأكل من مال فلان ثم تناهدا

وأن بعضهم قال: إذا حلف: أن(٥) لايأكل من مال فلان ثم تناهدا(٦)، فأكل الحالف من ذلك، قال: لايحنث لأنه أكل في عرف الناس، من مال نفسه، ولينظر أكان مال فلان مخلوطاً بماله، فأكله منه، أو أكل من مال فلان(٧) خاصة، فالمتناهدان تارة يخلطان، وتارة يتناوبان على اختصار الطعام، وينجرُّ النظر(٨) إلى أن الضيف يأكل(٩) ملك المُضيِّف(١٠)، أو يملك(١١) ما يتناوله.

المسألة السابعة والعشرون: حلف لايزور فلاناً حياً وميتاً، فشيع جنازته.

وأنه لو حلف: لا يزور فلاناً حياً وميتاً، فشيَّع جنازته، لايحنث، وبه نقول(١٢).

وأنه(١٣) لو حلف: لا يصطاد مادام الأمير في البلد فخرج الأمير منها، فاصطاد، ثم رجع الأمير، فاصطاد لايحنث، لأنه لما خرج من البلدة سقطت اليمين.

المسألة الثامنة والعشرون: حلف لا يصطاد مادام الأمير في البلد فخرج الأمير منها فاصطاد.

وأن بعضهم قال: لو قال: بسم الله، لا أفعل كذا، فهو يمين، ولو قال: "بصفة الله

---

(١) جملة فارسية معناها "إنك نسيتني".
(٢) جملة فارسية معناها "لا مانسيتك".
(٣) في ز "لا في حقيقة".
(٤) في أ، ب ، ظ "الظنون".
(٥) "أن" ليست في أ، ب، ظ.
(٦) "تناهد القوم مناهدة، أخرج كل منهم نفقة ليشتروا بها طعاماً يشتركون في أكله". المصباح ٦٢٧/٢.
(٧) في أ ، ز "مما لفلان".
(٨) في "اللفظ".
(٩) في أ "أكل".
(١٠) في ب "مال المُضيف".
(١١) في أ "ملك".
(١٢) انظر: الروضة ٩٠/١١.
(١٣) "أنه" ليست في أ.

تعالى" فلا؛ لأن الأول من أيمان الناس، ألا ترى أن[١] القائل يقول: باسم الله الذي أنزلت من عنده السور.

ولك أن تقول: إذا[٢] قلنا: إن الاسم هو المسمى، فالحلف بالله تعالى، كذا إن جعل الإسم صلة، و[٣]إن أراد بالاسم التسمية، لم يكن يميناً، وقوله: بصفة الله يشبه أن يكون يميناً، إلا أن يريد الوصف.

المسألة التاسعة والعشرون: حلف لا يركب فركب ظهر إنسان فعبر به على النهر.

وأنه لو حلف: لا يركب، فركب ظهر إنسان، فعبر به[٤] على النهر، لم يحنث[٥].

المسألة الثلاثون: حلف لا يفتح سراويله على امرأته

وأنه لو حلف: لا يفتح سراويله على إمرأته، فإن أراد جماعها، فقد حلف على ترك المجامعة، وهو مولٍ، وإن لم يرد ذلك فينبغي أن يفتح سراويله لبول، أو غائط، ثم يجامعها إن شاء فإن فتحها[٦] للجماع، فلا يؤمن، أن يحنث.

وفي "الرقم" لأبي الحسن العبادي: أنه لو حلف: لايأكل الحلواء حنث، بالمتخذ من الفانيذ[٧]، والسكر، والعسل، والدِبس[٨] والقند[٩]، وفي اللوزينج[١٠] والجوزينج[١١]، وجهان:

في[١٢] فتاوي صاحب الكتاب:

المسألة الحادية والثلاثون: حلف لا يدخل داره الصوف، فأدخل كبشاً عليه صوف ونحو ذلك.

أنه لو حلف: لايدخل داره الصوف، فأدخل كبشاً عليه صوف، لم يحنث، وكذا لو حلف: لايدخل بيضاً، فأدخل دجاجة فباضت في الحال.

---

(١) "أن" ليست في أ.

(٢) من "يقول .... أن نقول..." ليست في ب.

(٣) "و" ليست في أ.

(٤) "به" ليست في ب.

(٥) في ب، ظ "يحنث" وهو خطأ. ولعله سقط والله أعلم.

(٦) في أ، ب ، ظ "فتحه".

(٧) الفانيذ: نوع من الحلواء يعمل من القَنْد والنشاء. هو أعجمي. المصباح ٤٨١/٢.

(٨) "الدِّبس" ليست في ز. والدبس بالكسر، عصارة الرطب. المصباح ١٨٩/١.

(٩) القَنْدُ: مايعمل منه السكر، فالسكر من القَنْدِ كالسَّمن من الزبد. المصباح ٥١٧/٢.

(١٠) اللَّوْزينج: من الحلواء شبه القطايف يؤدم بدهن اللوز. المصباح ٥٦٠/٢.

(١١) والجوزينج: يعمل من الحلواء ويؤكل. معرب، وأصله لَوْز. بالكاف. انظر: القاموس ١٧٠/٢، والمصباح ١١٥/١.

(١٢) في ب "وفي".

وأنه لو حلف: لايقعد معه تحت سقف فقعد تحت أزج[1]، حنث.

وأنه لو حلف: لأيُفطر، فمطلق هذا ينصرف إلى الأكل والوقاع ونحوهما، ولا يحنث، بالردة، والجنون، والحيض ودخول الليل.

المسألة الثانية والثلاثون: حلف لا يفطر أو لا يقعد معه تحت سقف واحد.

وعن القفال: أنه لو قال: لغيره "بخداي كد من تتلد ارم كه باتوازين خانة، بيرون شوى"[2] فقام ذلك الغير ليخرج، فإن لم يتعلق به، و لم يمنعه من الخروج، حتى خرج، حنث، وإن تعلق به، فغلبه وخرج، لم يحنث.

المسألة الثالثة والثلاثون: في نذر اللِّجاج.

وإن في نذْر اللِّجَاج[3] لو كان الملتَزِمُ صوم ثلاثة أيام، وقلنا: الواجب عليه كفارة يمين، وكان معسراً، فصامها بنية ما التزم، لا بنية الكفارة لا تجزئه عن الكفارة. والله أعلم بالصواب[4].

---

(١) "أزج" بيت يبني طولاً. معرب، ويقال: الأزج، السقف. انظر: المصباح ١٣/١.

(٢) جملة فارسية ومعناها "با لله لن أسمح بخروجك من هذا المنزل".

(٣) هو تماحُكُ الخصمين، وهو تماديهما، و "اللجة" بالفتح كثرة الأصوات. المصباح ٥٤٩/٢.

(٤) "والله أعلم بالصواب" ليست في أ، ب ، ظ.

كتاب النذور

وفيه بابان

الباب الأول في أركانه

وهي ثلاثة:

الركن الأول: المُلْتَزِم الناذر.

الركن الثاني: الصيغة.

الركن الثالث: الملتزم.

الباب الثاني في أحكامه وهي أربعة أحكام:

الحكم الأول : في الصوم.

الحكم الثاني: في الحج والعمرة.

الحكم الثالث: في إتيان المساجد.

الحكم الرابع: في الضحايا والهدايا.

كتاب النذور[(١)]

(قال: [الغزالي]:[(٢)] والنظر في الأركان والأحكام.

والأركان: ثلاثة المُلْتَزِمُ، واللفظ، والمُلْتَزَم.

أما المُلْتَزِمُ: فكل مكلف له أهلية العبادة.

فلا[(٣)] يصح نذر الكافر لكنِ الأحبُ إذا أسلم أن يفي به).

[فصل في الأدلة الدالة على مشروعية النذر]

قال الرافعي: قال الله تعالى: ﴿يُوْفُوْنَ بِالنَّذرِ﴾[(٤)] وقال[(٥)] ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾[(٦)] وعن النبي صلى الله عليه وسلم "من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصي الله فلا يُعصه"[(٧)].

---

(١) "النذر" "بذال معجمة ساكنة، وحُكي فتحها. لغة:الوعد بخير أو شر.
وشرعاً: الوعد بخير خاصة" وقال بعض العلماء "التزام قربة لم تتعين" ذكر ذلك الخطيب في مغني المحتاج ٣٥٤/٤، وانظر: نهاية المحتاج ٢٧/٨.
وقال في القاموس الفقهي ص ٣٥٠ "مايقدمه المرء لربه، أو يوجبه على نفسه من صدقة، أو عبادة، أو نحوهما".
واختلف الفقهاء في النذر وما يباح منه وما يحرم ولمزيد من التفصيل يراجع المجموع ٤٤٩/٨، ومغني المحتاج ٣٥٤/٤، وسبل السلام ١١٠/٤، ونيل الأوطار ١٣٩/٩ و ١٤٠.

(٢) في: أ ، ب، ظ "حجة الإسلام".

(٣) في ب، ظ "ولا".

(٤) سورة الإنسان، آية ٧.

(٥) "وقال" ليست في أ، ب ، ظ.

(٦) سورة الحج ٢٩.

(٧) الحديث: أخرجه البخاري، ومالك، وأحمد وأبوداود، والترمذي وابن ماجة.
أخرجه البخاري في كتاب النذر فيما لا يملك وفي معصية من كتاب الأيمان والنذور ٢٣٤/٧.
ومالك في الموطأ، في باب مالايجوز من النذور في معصية الله، من كتاب النذور ٤٧٦/٢ وأحمد في مسنده، ٣٦/٦ و ٤١، ٢٢٤. وأبوداود في سننه، باب ماجاء في النذر في المعصية من كتاب الأيمان ٢٣٢/٣. والترمذي في باب من نذر أن يطيع الله فليطعه من أبواب النذر ٤١/٣.

=

وأيضاً: "لا نذر في معصية الله، ولا فيما لايملكه ابن آدم"[١]

[الباب الأول في بيان أركان النذر وما يعتبر فيها للصحة]

[قال الرافعي]: ولايخفي أن النذر، إلتزام شيء، وأنه قد يصح، وقد لا يصح، وإذا صح، ترتبت عليه أحكام، فتضمَّن مقصود الكتاب[٢]، طرفين: يشتمل أحدهما: على بيان أركانه، وما يعتبر فيها للصحة. والثاني على بيان الأحكام

أما الأول: فالأركان، ثلاثة: المُلْتَزِمُ الناذر، وصيغةُ الالتزام، والشئ المُلْتَزَمُ.

[الفصل الأول: في المُلْتَزِم الناذر]

الركن الأول: المُلْتَزِمُ.

وهو كل مكلف له أهلية العبادة.

وإن شئت قلت: كل مكلفٍ مسلمٍ، فلا[٣] يصح نذر الصبي والمجنون.

ونذر السكران يجيء فيه الخلاف في تصرفاته[٤].

ولا يصح نذر الكافر، وفي وجه أنه يصح، لما رُوِيَ أن عمر رضي الله عنه قال: لرسول الله ﷺ : كنت نذرت اعتكاف ليلة في الجاهلية فقال النبي ﷺ "أَوْفِ بِنَذْرِكَ"[٥].

= وابن ماجة في سننه، في باب النذر في المعصية من كتاب الكفارات ٦٨٧/١. وراجع تلخيص الحبير ١٧٥/٤. وراجع: إرواء الغليل ١٤٠/٤، حديث ٩٦٧.

(١) حديث: "لانذر في معصية الله، ولا فيما ..." رواه أحمد ومسلم.
أخرجه مسلم في كتاب النذر ١٠١/١١، وأبودود في سننه، باب في النذر فيما لا يملك من كتاب الأيمان والنذور. ٢٣٩/٣و ٢٤٠، وراجع: تلخيص الحبير ١٧٥/٤، و١٠٩/٤.

(٢) في ز "الباب".

(٣) في أ "لا".

(٤) نذر السكران، "على المذهب يصح نذره. والثاني لايصح".
انظر: المجموع ٤٤٩/٨، ومغني المحتاج ٧/٢ و ٣٥٤/٤.

(٥) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الاعتكاف ليلاً، من أبواب الاعتكاف ٢٥٦/٢.
وأخرجه مسلم في باب نذر الكافر وما يفعله إذا أسلم من كتاب الأيمان ١٢٥/١١، صحيح مسلم بشرح النووي، وانظر تلخيص الحبير ٢١٨/٢.

والمذهب الأول[١]، لأن النذر تقرب، والكافر ليس من أهل التقرب، والحديث محمول على الاستحباب، وذلك لأنه لايحسن أن يترك بسبب الإسلام ماعزم عليه في[٢] الكفر، من خصال الخير.

والمحجور عليه، والمفلس، يصح منهما نذر القُرَبِ البدنية، ولا تصح من السفيه نذر القُرَبِ المالية[٣].

وأما المفلس، فإن التزم في الذمة، و لم يعين مالاً صح[٤] ويؤديه بعد البراءة عن حقوق الغرماء.

وإن عَيَّن مالاً فبني على أنه لو أعتق، أو وهب، هل يصح تصرفه؟

إن قلنا: لا، فكذلك النذر، وإن توقفنا، فيتوقف في النذر أيضاً، قاله في "التتمة".

وذكر أيضاً: أنه لو نذر عتق العبد المرهون ينعقد[٥] النذر، إن قلنا: ينفد[٦] عتقه في الحال، أو عند أداء المال.

وإن قلنا يلغو، فهو كما لو نذر، عتق عبد غير مملوك.

واعلم قوله في "الكتاب": "واللفظ" بالواو، إشارة إلى أن الشاة، تصير هدياً وأضحية على القديم، إما بمجرد النية /، أو مع التقليد، والإشعار على ماذكرنا في (٤٢٠/ز)
الضحايا، ولا حاجة إلى[٧] اللفظ.

(قال [الغزالي]: وأما الصيغة فهي[٨] أن يقول: إن شفى ا لله مريضي فلله[٩]

---

(١) انظر: المجموع ٨/٤٤٩، والروضة ٣/٤٩٣، ومغني المحتاج ٤/٣٥٤.
(٢) في أ "من".
(٣) انظر: المجموع ٨/٤٥٠، ومغني المحتاج ٤/٣٥٤.
(٤) في أ، ب، ظ "يصح".
(٥) في ز "ينفذ".
(٦) في ز "ينعقد".
(٧) تفصيل ذلك ينظر الروضة ٣/١٩٢.
(٨) في أ "فهو".
(٩) "فلله" ليست في ز.

عليّ صومٌ، أو صلاةٌ، فإن قال: إن كلمت زيداً. فقد ذكرنا أنه يمين الغَضب.

وإن[1] قال: ابتداء لله علي أن أصوم، فقولان.

أحدهما: أنه ليس له أن يلزم نفسه ماليس بلازم، إلا في مقابلة نعمة، أو دفع بلية.

والثاني: أنه[2] يصح، ويلزمه[3].

ولو عقب النذر بقوله إن شاء الله، لم يلزمه شيء ولو قال: لله علي صومٌ إن شاء زيد، لم يلزمه شيء وإن شاء).

[الفصل الثاني: في الركن الثاني وهو الصيغة]

[قال الرافعي] قد بان في الباب الأول: من "الأيمان"، أن النذر ينقسم إلى: نذر اللَّجَاجِ والغضب، على ماصورناه[4].

وإلى نذر التبرر، وهو نوعان:

أحدهما: نذر المجازاة، وهو أن يلتزم قربه في مقابلة حدوث نعمة، أو اندفاع بلية، كقوله: إن شفى الله مريضي، أو رزقني ولداً[5]، فلله عليَّ أن أعتق رقبة، أو أصوم أو أصلى، فإذا حصل المعلّق عليه لزمه الوفاء، بما التزم، لقوله ﷺ : "من نذر أن يطيع الله فليطعه"[6].

وقد ذم الله تعالى أقواماً عاهدوا، ثم لم يفوا، فقال: ﴿**ومنهم مَّنْ عَاهَدَ الله لَئِنْ آتَانا مِنْ فَضْلِهِ**﴾[7] الآية.

---

(١) في ز "ولو".

(٢) "إنه" ليست في ز.

(٣) في ز "يلزم".

(٤) وهو "أن يمنع نفسه من فعل، أو يحثها عليه بتعليق التزام قربه بالفعل، أو بالترك". انظر: الروضة ٣/٢٩٤.

(٥) في ز "وكذا" خطأ.

(٦) سبق تخريج الحديث ص١٤٩.

(٧) سورة التوبة من آية ٧٥.

ولو قال: فعليَّ، و لم يقل: فلله عليَّ، فالحكم كذلك على ظاهر المذهب[١]، والعبادات يؤتى بها لله تعالى، فالمطلق كالمذكور.

وفيه وجه: أنه لابد من التصريح بذكر الله تعالى، وقد ذكرنا مثل هذا الخلاف، في أن[٢] نذر اللجاج هل يثبت موجبه، إذا قال: فعليَّ، و لم يقل: "فلله عليَّ" وهو قريب من الخلاف في أنه هل يجب في نية الصلاة والصوم الإضافة إلى الله تعالى[٣].

والثاني: أنْ يلتزم ابتداءً غير معلقٍ على شيء فيقول: "لله عليَّ أن أصوم، أو أصلي، أو أعتق"، ففيه قولان: ويقال: وجهان.

لأن أحدهما على ماذُكر[٤] مخرج[٥].

أصحهما: وهو المنصوص[٦]، وبه قال: أبوحنيفة[٧]، وابن سريج، والاصطخري[٨]: أنه يصح، ويلزم الوفاء به أيضاً لمطلق قوله ﷺ: "من نذر أن يطيع الله فليطعه" ويروى هذا عن مالك[٩] وأحمد[١٠] أيضاً.

---

(١) انظر: الروضة ٣/٢٩٤، ومغني المحتاج ٤/٣٥٦.

(٢) "أن" ليست في ز.

(٣) انظر: المصدران السابقان.

(٤) في ز "ماقيل".

(٥) "أي لايصح، ولا يلزمه شيء لعدم العوض". انظر: الروضة ٣/٢٩٤، ومغني المحتاج ٤/٣٥٦.

(٦) انظر: الأم ٢/٢٥٥.

(٧) انظر: الهداية ٢/٧٦، وفتح القدير ٤/٣٧٦.

(٨) هو: الحسين بن أحمد، أبو سعيد، المشهور بالاصطخري. كان هو وابن سريج شيخي الشافعية ببغداد، كان زاهداً وكان من أصحاب الوجوه في المذهب.
ولد عام ٢٤٤هـ، وتوفي ببغداد عام ٣٢٨،
انظر: طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة ١/١٠٩، طبقات الشافعية، لابن هداية الله، ص ٦٢، تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٣٨.

(٩) مختصر خليل ص ١٠١، مواهب الجليل ٣/٣١٩.

(١٠) المقنع، ص ٣٢٣، والتنقيح المشبع ص ٣٩٩.

والثاني: وبه قال أبوإسحاق، وأبوبكر الصيرفي[1] أنه لا يلزم إلا بمقابلة عوض كما أن التبرعات لما لم يكن لها عوض[2] لم تلزم بالعقد، وأيضاً فقد روي عن ثعلب[3] - رحمه الله - أن النذر عند العرب، وعد بشرط.

ولو عقب النذر بقوله: إن شاء الله لم يلزمه شيء، كما ذكرنا في تعقيب الأيمان[4]، والعقود.

ولو قال: "لله عليّ كذا[5] إن شاء زيد"، لم يلزمه شيء وإن شاء، لأنه لم يوجد منه[6] التزام جازمٌ، كما يليق بالقربات، وقد روي أن النبي ﷺ قال: "إنما النذر ما ابتغي به وجه الله تعالى"[7].

هكذا حُكِيَ عن القاضي الحسين، وغيره.

وهو المذكور في "الكتاب". وقال الإمام، هذا عندي خطأً فإن تقديره إن

---

(١) أبوبكر الصيرفي: هو محمد بن عبد الله البغدادي، المشهور بالصيرفي، كان إماماً في الفقه والأصول، تفقه على ابن سريج، كان من أصحاب الوجوه.
توفي عام ٣٣٠هـ، رحمه الله.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٩٣/٢ - ١٩٤، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١١٦/٢، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٦٣.

(٢) من قوله "كما أن التبرعات ... لها عوض" ليست في أ، ب ، ظ.

(٣) ثعلب: هو أحمد بن يحيى بن زيد الشيباني بالولاء. أبو العباس: المشهور بثعلب.
إمام الكوفيين في النحو واللغة، كان راويةً للشعر، محدثاً مشهوراً بالحفظ، له مصنفات عديدة. منها: "الفصيح" و "قواعد الشعر"، و "مجالس ثعلب"، وغيرها.
ولد ببغداد عام ٢٠٠ هـ، وتوفي عام ٢٩١.
انظر: تاريخ بغداد ٢٠٤/٥، وطبقات الحنابلة ابن أبي يعلى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ٨٣/١. وانظر: الاعلام ٢٦٧/١.

(٤) راجع الروضة ٤/١١.

(٥) "كذا" ليست في ز.

(٦) "منه" ليست في ز.

(٧) الحديث: أخرجه أحمد - رحمه الله - في مسنده ١٨٥/٢ "بلفظ لانذر إلا ..." فهرس أبوهاجر وأخرجه أبوداود في سننه، باب اليمين في قطيعة الرحم، من كتاب الأيمان والنذور، ٢٢٨/٣، حديث ٣٢٧٣. راجع تلخيص الحبير ١٧٥/٤.

شاء، فلله علي كذا، وهو كما إذا قال: "إن قدم[١] زيد فلله علي كذا"[٢]، ويؤيد الأول: ما نص عليه الشافعي رضي الله عنه[٣].

في نذر اللجاج: أنه إذا قال: إن فعلت كذا، فلله على نذر حج، إن شاء فلان، فشاء، لم يكن عليه شيء، قال: في "التتمة" وهذا إذا غلبنا في نذر اللجاج، معنى النذر، أما إذا غلّبنا معنى اليمين، فهو كما لو قال: والله لا أفعل كذا إن شاء فلان وقد سبق حكمه.

(قال [الغزالي]: وأما المُلْتزَمُ: فعلى ثلاث[٤] مراتب، الأولى: كل عبادة مقصودة، كالصوم، والصلاة والحج فيلزم بالنذر، حتى فروض الكفايات، كالجهاد، وتجهيز الموتى، والصلاة على الجنازة، وتلزم بصفاتها، حتى لو قال: أحج ماشياً، أو التزم طول القرآءة لزم، كما وَصَفَ، فإن التزم، المشي في حجة الإسلام، وطول القراءة في الفرائض فوجهان. ولو نذر أن لايترك الوتر، وركعتي الفجر، فوجهان، ولو نذر أن لا يفطر في السفر، لغا قوله؛ لأنه تغيير للشرع.

الثانية: القربات[٥]، كعيادة المريض[٦]، وإفشاء السلام وزيارة القادم، ففي لزومه بالنذر، وجهان، إذ ليس[٧] عبادةً، ولكن يتقرب بها على الجملة.

وفي تجديد الوضوء وجهان، لإن الوضوء ليس عبادة مقصودة في الأصل.

الثالثة: المباحات، كالأكل، والنوم، فلا يلزم، وإن تصوَّر أن يقصد بالأكل، التقوِّيَ، على العبادة، فيثاب عليه، ولكن ذلك يرجع[٨] إلى مجرد القصد، نعم إذا

---

(١) في: أ "يقدم".
(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ج٢٥، ٢٦، ٢٧ في مجلد - لوحة ١٠١.
(٣) انظر: الأم ٢٥٨/٢.
(٤) "ثلاث" ليست في أ، ب، ظ.
(٥) في: أ "القرب".
(٦) في: أ ، ب، "كالعيادة للمريض". وفي: ظ "كالعيادات للمريض".
(٧) في: ز "إذ ليست".
(٨) في ز "يرجع ذلك".

قال: لله على أن لا آكل فقد قيل[١] تجب[٢] كفارة يمين، بمجرد لفظه، أكـل، أو لم يأكل، وهو بعيد، إلا أن ينوي به اليمين فتجب الكفارة بالحنث، إن أكل.

فرع: إذا نذر الجهاد، في جهة، قيـل: تتعـين الجهـة، وقيـل لا تتعـين، وقيـل تتعين، تلك أو ما يساويها في المسافة والمؤنة).

[فصل في الركن الثالث: وهو المُلْتَزَمُ وأقسامه ثلاثة]

[قال الرافعى] مايفرض التزامه بالنذر، إمـا معصيـة، أو طاعـة[٣]، أو[٤] مبـاحٌ، فهذه ثلاثة أقسام:

[القسم الأول في نذر المعصية]

الأول: المعصية، فلا يصح التزامها بالنذر. قال ﷺ: "لانذر في معصية الله ولا فيما لا يملكه ابن آدم"[٥] وذلك كمـا إذا نـذر شـرب الخمـر، أو القتـل، أو الزنـا، أو نذرت المرأة أن تصلي أو تصـوم في أيـام الحيـض، أو نـذر أن يصلـي محدثـاً، أو يقـرأ القرآن جنباً.

ومن هذا القبيل، ما إذا نذر ذبح ولده، أو ذبح نفسه، فلا ينعقد.

وقال أبوحنيفة - رحمه الله -[٦]: ينعقد ويلزمه ذبح شاة.

وسلم أنه لو نذر ذبح[٧] والده أو أخيه، أو نـذر قتـل ولـده، لا ينعقـد، وعـن أحمد - رحمه الله - رواية[٨]. أنه يلزمه كفارة يمين.

---

(١) "فقد" ليست في ز. و "فقد قيل" ليست في ب، ظ.

(٢) في ب، ظ "تلزمه".

(٣) في "وإما".

(٤) في "وإما".

(٥) سبق تخريجه ص١٥٠.

(٦) انظر: الهداية ٢/٧٥.

(٧) في ز "ذبح نذر".

(٨) "رواية" ليست في أ، ب، ظ.

وأخرى: أنه يلزمه ذبح كبشٍ[1].

وإذا عُرِفَ أنه لا ينعقد نذر فعل المعصية، فإذا لم يفعل ما نذره، فقد أحسن، ولا يلزمه كفارة يمين، على المذهب المشهور[2]، لأنه لم يوجد صيغة اليمين، ولا حقيقته[3]، وعن رواية الربيع رحمه الله قول إنه يلزمه كفارة يمين، لما روي أنه ﷺ، قال: "لا نذر في معصية الله، وكفارته كفارة يمين"[4] وذكر أن الحافظ أحمد البيهقي[5] - رحمه الله -رَوَىَ هذا القول في كتاب "المعرفة"[6]، واختاره[7]. و[8] الأصحاب من العراقيين، وغيرهم.

---

(١) انظر: المقنع ص ٣٢٣، والمذهب على الرواية الأولى، التنقيح المشبع ص ٣٩٩.

(٢) انظر: الروضة ٣٠٠/٣، الأم ٢٥٥/٢، المجموع ٤٥٢/٨، ومغني المحتاج ٣٥٦/٤.

(٣) في ز "حقيقتها".

(٤) الحديث بهذه الزيادة أخرجه أحمد في مسنده ٢٤٧/٦ وما بعدها، وأبوداود في سننه، باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية، من كتاب الأيمان والنذور ٢٣٢/٣، حديث ٣٢٩، وأخرجه الترمذي - باب ٠٠ ان لا نذر في معصية، من أبواب النذور والأيمان، ٤٠/٣.
وأخرجه ابن ماجه، باب النذر في المعصية، من كتاب الكفارات ٦٨٦/١، حديث ٢١٢٥.
والنسائي ٢٦/٧ و ٢٧ من كتاب الأيمان - باب كفارة النذر
وانظر صحيح مسلم حيث روى من حديث عمران بن الحصين "أنه لانذر في معصية الله"، من كتاب النذر ١٠١/١١، وروى من حديث عقبة بن عامر. "وكفارته كفارة يمين" ١٠٤/١١ ثم راجع تلخيص الحبير ١٧٦/٤، حيث قال: "قلت: قد صححه الطحاوي وأبو علي بن السكن" وقال الألباني في الإرواء ٢١٤/٨ "حديث عائشة مرفوعاً ٠٠٠ رواه الخمسة.صحيح".

(٥) هو: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، الإمام الحافظ النيسابوري أبوبكر المشهور بالبيهقي، كان كثير التحقيق والإنصاف حسن التصنيف، زاهداً، أخذ علم الحديث عن الحاكم. له عدة مصنفات منها: السنن الكبرى وغيرها كثير، ولد عام ٣٨٤هـ وتوفي عام ٤٥٨هـ - رحمه الله-.
انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٣/٣، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٢٠/١، شذرات الذهب ٣٠٤/٣، الأعلام ١١٦/١.

(٦) "المعرفة: أي كتاب، معرفة السنن والآثار، للإمام الحافظ البيهقي". انظر: كشف الظنون ١٧٣٩/١.

(٧) "واختاره" ليست في ز.

(٨) "و" ليست في أ.

جزموا بالأول، وحملوا الحديث على نذر اللجاج، وجعلوا مارواه الربيع من كيسه.

وبعضهم يحكى الخلاف في المسألة: وجهين. ويوافقه ما رُوِىَ عن صاحب "التقريب"[(١)] - رحمه الله -: أن إيجاب الكفارة، تخريج للربيع[(٢)].

واستبعد الإمام وجوب الكفارة كما فعله عامة الأصحاب رحمهم الله. وقال[(٣)]: يجوز أن يجعل النذر كناية عن اليمين. فأما إلحاقه بالأيمان مطلقاً، فلا معنى له[(٤)].

[القسم الثاني: في نذر الطاعة]

القسم الثاني: الطاعة: وهي أنواع:

أحدها: الواجبات، فلا يصح نذرها، فإنها واجبة بإيجاب الشرع، ابتداء، فلا معنى لإلتزامها، وذلك: مثل أن يقول: لله عليَّ أن أصلي الخمس، أو أصوم شهر رمضان، ولا فرق بين أن يعلق ذلك بحصول نعمة، أو يلتزم[(٥)] ابتداءً، وكذا لو نذر أن لا يشرب الخمر، ولا يزني، وإذا خالف ماذكره، ففي لزوم الكفارة الخلاف المذكور في القسم الأول[(٦)].

وأدَّعى صاحب "التهذيب" رحمه الله أن ظاهر المذهب[(٧)] وجوبها[(٨)].

الثاني: العبادات المقصودة، وهي التي وضعت للتقرب بها، وعرف من الشارع الإهتمام بتكليف الخلق بإيقاعها عبادة، فتلزم هذه بالنذر بالاتفاق.

---

(١) سبقت ترجمته ص١١٣.

(٢) انظر: المهذب، مع المجموع ٤٥٢/٨، والروضة ٣٠٠/٣.

(٣) في ز : "وقالوا" وهو خطأ.

(٤) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، ٢٥، ٢٦، ٢٧ في مجلد لوحة ١٠٠.

(٥) في ظ "أو يلزم".

(٦) الذي سبق في نذر المعصية، ١٧٧، ١٧٨.

(٧) في أ، ب ، ظ "الظاهر".

(٨) انظر: التهذيب للبغوي، دار الكتب المصرية، ٩/ باب النذور، مسألة لايصح نذر فعل المعصية، والمطبوع ١٥١/٨.

وذلك كالصوم، والصدقة والصلاة والحج والاعتكاف، والإعتاق[١].

وذكر الإمام: أن فروض الكفايات التي تحتاج في آدائها، إلى بذل مال، أو معاناة[٢] مشقة، تلزم بالنذر أيضاً، كالجهاد، وتجهيز الموتى[٣].

ويجيء ما سنذكر[٤] في نذر السنن الراتبة. وجه أنها لا تلزم.

ورأيت في "الرقم" للعبادي: وجهاً عن القفال: أنه إذا نذر أن يجاهد لم يلزمه شيء، وفي الصلاة على الجنازة، والأمر بالمعروف، وما ليس فيه بذل مال، وكبير مشقة، حكى الإمام رحمه الله وجهين فيه[٥].

أظهرهما: لزومها بالنذر أيضاً[٦]، وكما يلزم أصل العبادة بالنذر، يلزم رعاية الصفة المشروطة فيها[٧]، في التزامها، إذا كانت مستحبة، كما إذا شرط في الصلاة التي التزمها، إطالة القيام، أو الركوع، أو السجود[٨]، أو شرط المشي في الحجة الملتزمة إذا جعلنا المشي في الحج أفضل من الركوب.

ولو أُفْرِدَتْ الصفة بالإلتزام، والأصل واجب شرعاً، كتطويل[٩] القراءة والركوع، والسجود في الفرائض، فوجهان:

أحدهما: أنها أوصاف لا تستقل بنفسها، فلا تفرد بالالتزام. وأشبههما اللزوم[١٠]، فإنها عبادات محبوبةٌ. وفي معناها، ما إذا نذر أن يقرأ في صلاة الصبح سورة كذا، وباللزوم أجاب صاحب "التهذيب"[١١].

---

(١) "الاعتاق" ليست في ب، ز، ظ.

(٢) في ز "ومعاناة".

(٣) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧ في مجلد لوحة ٩٠/أ.

(٤) في ز "مما سنذكره"،

(٥) "فيه" ليست في أ، ب، ظ.

(٦) المصدر السابق، "نهاية المطلب"، وراجع المجموع ٤٥٣/٨، والروضة ٣٠١/٣، ومغني المحتاج ٣٧٠/٤.

(٧) "فيها" ليست في أ، ب ، ظ.

(٨) في أ، ب، ظ "والركوع والسجود".

(٩) في أ "كطول".

(١٠) انظر: المجموع ٤٥٣/٨، والروضة ٣٠١/٣.

(١١) انظر: التهذيب ١٥٢/٨.

ولو نذر أن يصلي الظهر، أو الفرائض بالجماعة، ففي انعقاد نذره وجهان. وأظهرهما وهو المذكور في "التهذيب" اللزوم، لأن الجماعة مستحبة فقد تعلق النذر بمستحب[١].

والثاني: المنع، لأن الفرائض أوجبها الشرع على صفة. وفي تصحيح النذر إبطال لتلك الصفة والنذر، لالتزام ماليس بلازم لتغيير أوضاع[٢] الشرع في العبادات.

ولو نذر إقامة بعض الرواتب، كالوتر، وركعتي الفجر، ففيه هذان الوجهان. ولو نذر أن لا يفطر في السفر في رمضان فأحد الوجهين، وهو المذكور في "الكتاب"[٣]، ونسبه إبراهيم المروذي إلى عامة الأصحاب - رحمهم الله - أنه لاينعقد نذره، وله أن يفطر إن شاء؛ لأن في التزامه إبطال رخصة الشرع[٤]، وقد قال فيه ﷺ "إنّ الله تصدق عليكم فاقبلوا صدقته"[٥].

والثاني: وهو اختيار، صاحب "التهذيب"[٦] وشيخه القاضي - رحمهما الله - انعقاده، ووجوب الوفاء، كما في سائر المحبوبات، وكذلك الحكم، فيما إذا نذر إتمام الصلاة في السفر، إذا قلنا الإتمام أفضل، ويجرى الوجهان: فيما إذا نذر أن يقوم

---

(١) انظر: المجموع ٤٥٣/٨، ومغني المحتاج ٣٧٠/٤، والروضة ٣٠٢/٣.

(٢) في أ، ب، ظ "في التعيين لأوضاع".

(٣) الوجيز ٢٣٣/٢.

(٤) انظر: الروضة ٣٠١/٣، ومغني المحتاج ٣٥٨/٤.

(٥) الحديث: أخرجه مسلم. من حديث يعلى بن أمية قال: قلت لعمر: إنما قال الله "ليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم" فقد أمن الناس، فقال: "عجبت مما عجبت منه، فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: "صدقة ، تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته".
من كتاب، صلاة المسافر، باب قصر صلاة المسافر في الأمن، صحيح مسلم بشرح النووي ١٩٦/٥.
وأخرجه ابوداود في سننه، باب صلاة المسافر من كتاب الصلاة ٣/٢، حديث ١١٩٩.
وأخرجه ابن ماجه في سننه، باب تقصير الصلاة في السفر ٣٣٩/١٠، حديث ١٠٦٥.
راجع: تلخيص ٥٨/١، و ١٧٦/٤، مصابيح السنة، للإمام البغوي، تحقيق د/ يوسف المرعشلي، ومحمد سليم سمارة، وجمال حمدي الذهبي، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، ٤٦٠/١.

(٦) انظر: التهذيب، ١٥٢/٨.

في السنن ولايقعد فيها، أو نذر غسل الرجل، أو استيعاب الرأس، بالمسح في الوضوء، أو التثليث في الغسل، والوضوء، أو أن يسجد للتلاوة، أو الشكر عندما يقتضي السجود.

وذكر الإمام عَلَى مَسَاقِ الوجه الأول: أنه إذا نذر المريض أن يقوم في الصلاة، ويتكلف المشقة، لم يلزمه الوفاء، وأنه لو نذر صوماً، وشرط أن لا يُفطر بالمرض[1]، لم يلزمه الوفاء، لأن الواجب بالنذر لايزيد على الواجب شرعاً، والمرض مرخّصٌ فيه.

والثالث: القربات، التي لم توضع لتكون عبادة، وإنما هي أعمال، وأخلاق مستحسنة، رغب الشرع فيها، لعموم فائدتها، وقد يُبتّغىٰ بها وجه الله تعالى، فينال الثواب كعيادة المرضى، وزيارة القادمين، وإفشاء السلام، على المسلمين، ففي لزومها بالنذر وجهان.

أحدهما: المنع، لأنها ليست على أوضاع العبادات.

وأظهرهما: اللزوم، لأن الشارع، يرغب فيها، والعبد يتقرب بها، فهي كالعبادات[2].

ولو نذر تجديد الوضوء، فوجهان:

أحدهما: وبه قال: الشيخ أبومحمد[3] أنه لايلزم، لأن الوضوء ليس عبادة مقصودة، وإنما يرفع به الحدث، ولايجب من غير حدث.

وأظهرهما: أنه يلزم؛ لأنه عبادة مثاب عليها كسائر العبادات[4].

---

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ج٢٥، ٢٦، ٢٧/ لوحة ٨٩/ب.

(٢) انظر: المجموع ٤٥٤/٨، والروضة ٣٠٢/٣، ومغني المحتاج ٣٧٠/٤.

(٣) هو: عبد الله بن محمد بن سعيد الأنصاري، القاضي أبومحمد الاصطخري. من أصحاب الشافعية، تفقه على القاضي أبوحامد المروذي.
ولد عام ٢٩٠هـ، وتوفي سنة ٣٨٤هـ، رحمه الله.
انظر: تاريخ بغداد ١٣٣/١٠، وتهذيب الأسماء واللغات ٣٦٧/٢، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٥٨/١.

(٤) انظر: الروضة ٣٠٢/٣، مغني المحتاج ٣٧٠/٤.

وفي "التتمة": أنه لو نذر الاغتسال لكل صلاة[١] لزمه[٢] الوفاء به، وليُبْنَ هذا على أن تجديد الغُسل، هل يستحب؟[٣].

وأنه لو نذر الوضوء ينعقد نذره، ولا يخرج عن النذر، بالوضوء عن الحدث، بل بالتجديد.

وأنه إذا نذر أن[٤] يتوضأ لكل صلاة، يلزمه الوفاء.

لكن إذا كان محدثاً، فتوضأ لصلاة، لايلزمه أن يتوضأ لها ثانياً[٥].

وأنه إذا نذر أن يتيمم فالمذهب أنه لاينعقد نذره؛ لأن التيمم يؤتى به عند الضرورة[٦].

وأنه إذا نذر أن لايهرب من ثلاثة من الكفار فصاعداً، فإن علم من نفسه، أنه يقدر على مقاومتهم، انعقد نذره، وإلا فلا.

وفي كلام الإمام رحمه الله: أنه لايلزم بالنذر انكفاف قطٌّ، حتى لو نذر أن لا يفعل مكروهاً لم يلزمه[٧] الوفاء بالنذر[٨]. والله أعلم.

ولو نذر أن يُحْرِمَ بالحج في شوال، فهو على الخلاف الذي سبق، والأظهر وهو اختيار صاحب "التهذيب" أنه يلزم[٩].

وكذا لو نذر أن يحرم من بلد كذا[١٠].

---

(١) في: ز "فريضة".

(٢) في: أ، ب، ظ "لزم".

(٣) راجع: مغني المحتاج ٧٤/١. فقد قال فيه "ولايسن تجديده" لأنه لم ينقل، ولما فيه من المشقة" أ.هـ.

(٤) "أن" ليست في أ.

(٥) راجع الروضة ٣٠٢/٣.

(٦) انظر: الروضة ٣٠٢/٣، ومغني المحتاج ٣٧٠/٤.

(٧) في: ز "تلزم".

(٨) راجع: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧ لوحة ٩٠/ب.

(٩) التهذيب ٨/ ١٥٣.

(١٠) انظر: الروضة ٣٠٢/٣، ومغني المحتاج ٣٦٣/٤.

ورتب مرتبون صور هذا النوع، والذي قبله على وجه آخر فقالوا: إن كانت القربة مما يجب جنسها[1] في الشرع كالصوم، والصلاة، والإعتاق[2]، ونحوها، فيلزم بالنذر وأدرجوا الاعتكاف[3] في هذه الجملة. وإن لم يوجبه الشرع ابتداء، بأن قالوا: الاعتكاف لبثٌ في مكان بنية القربة، ومن جنسه، ماهو واجب شرعاً، وهو الوقوف بعرفات، وإن لم يكن في جنسها، واجب شرعاً، كعيادة المرضى، وتشميت العاطس[4].

وتشييع الجنائز، ففي لزومها بالنذر وجهان[5].

وذكر أبوسعد المتولي: أن الوجهين ينبنيان على أن مطلق النذر يحمل على أقل مايتقرب به، أو على أقل مايجب في الشرع من جنس الملتزم؟ وسيأتي إن شاء الله تعالى هذا الأصل.

فإن[6] قلنا: بالأول: لزمت القربات كلها بالنذر.

وإن قلنا: بالثاني فما لايجب جنسه بالشرع، لا يجب بالنذر.

[القسم الثالث: في نذر المباحات]

القسم الثالث: المباحات: التي لم يرد فيها، استحباب وترغيب، كالأكل، والنوم، والقيام، والقعود.

فلو نذر فعلها، أو تركها، لم ينعقد نذره.

روى عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال:"بينا[7] رسولُ الله صلى الله عليه

---

(١) في: ز "جنسه".
(٢) في: ب ، ظ "الاعتكاف".
(٣) من "ونحوها فيلزم ... الاعتكاف" ليست في ب، ظ.
(٤) في" أ "العاطسين".
(٥) من قوله: "وهو الوقوف ... وجهان" ليست في ز.
والصحيح من الوجهين هو لزوم ذلك. انظر: الروضة ٣٠٢/٣، ومغني المحتاج ٣٧٠/٤.
(٦) في: أ "وإن".
(٧) في جميع النسخ "بينما" والصواب ما أثبتناه كما عند البخاري ٢٣٤/٧.

وسلم، يخطب إذا برجل قائم في الشمس، فسأل عنه؟ فقالوا: أبو اسرائيل[١]. نـذر أن يقوم، ولا يقعد، ولا يستظل، ولا يتكلم، ويصوم، فقال النبي ﷺ : مروه فليتكلم، وليستظل، وليقعد وليتم صومه"[٢].

وعن أحمد رحمه الله: أنه ينعقد نذر المباح، ويتخير الناذر بين الوفاء والكفارة[٣].

قال الأئمة: وقد يتصور[٤] أن يقصد بالأكل، التَّقوِّي على العبادة، وبالنوم، النشاط عند التهجد، فينال الثواب، لكن الفعل غير مقصود، والثواب يحصل بالقصد الجميل.

وهل[٥] يكون نذر[٦] المباح يميناً، حتى تجب الكفارة، إذا خالف؟ فيه ماذكرناه[٧] في نذر المعاصي والمفروضات.

ونقل الإمام: أن القاضي الحسين قطع بوجوب الكفارة، في المباحات[٨]، وذكر في نذر المعاصي، وجهين. وأنه علق الكفارة باللفظ من غير حنث، وهذا ماذكره صاحب الكتاب حيث قال: نعم: إذا قال: " لله علي أن لا آكل فقد قيل تجب كفارة يمين، أكل، أو لم يأكل، بمجرد لفظه". وهذا لايتحقق ثبوته.

---

(١) هو: صحابي أنصاري مدني، نقله النووي في تهذيب الأسماء واللغات ١٧٥/٢.
ثم قال: "قال الخطيب البغدادي في كتابه الأسماء المبهمة: هو عامري .. وقيل: اسمه قيس .. ليس في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من كنيته أبواسرائيل غيره، ولا من اسمه قيس غيره".

(٢) الحديث: أخرجه البخاري، باب النذر فيما لا يملك، وفي المعصية من كتاب الأيمان، والنذور ٢٣٤/٧، مجلد ٤، وليس فيه. راجع: تلخيص الحبير ١٧٧/٤، وإرواء الغليل ٢١٨/٨، حديث ٢٥٩١.

(٣) انظر: المقنع، ص ٣٢٣.

(٤) في: ز "قال: الأئمة وليتصور".

(٥) "هل" ليست في ز.

(٦) "نذر" ليست في أ.

(٧) فيه ماسبق في نذر المعصية ص ١٥٦و١٥٩، أو العزيز ٣٥٨/١٢ و ٣٥٩.

(٨) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧/ لوحة ١٠١/أ. والصواب هو أنه لا كفارة في نذر المعصية. راجع: الروضة ٣٠٠/٣، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٠.

والمشهور[١] في كيفية الخلاف ما قدمناه[٢].

وقوله: "إلا أن ينوي به اليمين" أراد به ماحكيناه، عن الإمام: رحمه الله: أنه يجوز أن يُجعل كناية عن اليمين، ويبعد أن يجعل يميناً على الإطلاق[٣].

[الفصل الرابع: في ختم الباب بفروع]

الفرع الأول: نذر الجهاد في جهة عينها

[قال الرافعي] ثم نختم الفصل بفروع[٤]:

وهو إذا نذر الجهاد، في جهة عينها، هل تتعين تلك الجهة؟ وفيه ثلاثة أوجه، قال: صاحب "التلخيص"[٥] - رحمه الله - تتعين، لأن الجهاد يختلف باختلاف الجهات، من جهة قرب المسافة وبعدها ووعورة[٦] الطريق، وسهولته، وقوة العدو، وضعفه. قال[٧]: الشيخ أبو زيد[٨]: لا تتعين، ويجوز أن يجاهد في جهة هي أسهل وأقرب من الجهة المعينة، وعن الشيخ أبي علي[٩]: وهو الأعدل: أن تلك الجهة لا

---

(١) هو أنه لا كفارة عليه. انظر: المصدرين نفسهما.

(٢) في: أ ، ب ، ظ "ماقدمناه".

(٣) نهاية المطلب ٠٠٠٠ ٢٧/ لوحة ١٠١/أ.

(٤) في: أ "بفر ع".

(٥) هو: أحمد بن أحمد الطبري، أبوالعباس، ابن القاص صاحب التلخيص. أحد أئمة الشافعية، تفقه على يدي ابن سريج، صنف مصنفات عدة منها: "التلخيص". وهو مختصر لطيف كثير الفوائد، يذكر في كل باب مسائل منصوصة، ومخرجة ثم، أموراً ذهب إليها الحنفية على خلاف قاعدتهم، وقد شرح شروحاً عدة. توفي عام ٣٣٥هـ رحمه الله.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢٥٣/٢ و ٢٧٩، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٠٦/١، وكشف الظنون ٤٧٩/١.

(٦) في: أ "بعدها وعوره".

(٧) في: ز: "وقال".

(٨) أبوزيد: محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد المروزي من أئمة الشافعية، وأصحاب الوجوه، الإمام، البارع، المدقق، الزاهد، الورع، الحافظ.
ولد سنة ٣٠١هـ، وتوفي عام ٣٧١هـ. رحمه الله.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢٣٤/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٤٤/١.

(٩) الحسين بن صالح بن خيران، البغدادي، الشيخ أبو علي. أحد أئمة المذهب، كان من أفاضل الشيوخ، عُرِضَ عليه القضاء فمنع، وسمر باب بيته، توفي عام ٣٢٠هـ، وقيل ٣١٠هـ - رحمه الله-.

=

تتعين، ولكن الجهة[1] التي يجاهد فيها، ينبغي أن تكون مساوية للمعينة، في المسافة، والمؤنة، وتجعل مسافات الجهات كمسافات المواقيت في الحج.

[فروع][2]

الفرع الثاني: ما يشترط في نذر القربة المالية

يشترط في نذر[3] القربة المالية، كالصدقة، والتضحية والإعتاق، أن يلتزمها مرسلة في الذمة، أو يضيف إلى معيّن يملكه.

أما إذا كان المعين لغيره. لم ينعقد نذره، لما روي أنه ﷺ، قال[4]: "لا نذر في معصيةِ اللهِ، ولا فيما لا يملكه ابن آدم"[5].

وروى أن المشركين استاقوا سرح المدينة، وفيه العَضْبَاءَ ناقة رسول الله ﷺ، وأسروا إمرأة من الانصار، فلما ناموا قامت، وركبت، العضباء، ونذرت، لئن نجاها الله عليها، لتَنْحَرَنَّها فلما أتت المدينة، أُخْبِرَ رسول الله ﷺ بذلك، فأخذ الناقة وقال: "لانذر، فيما لايملك ابن آدم"[6].

وذكر في "التتمة" أن في لزوم الكفارة بهذا، النذر وجهين: أظهرهما: المنع، لأن النبي ﷺ لم يأمر الأنصارية بالتكفير[7].

الفرع الثالث: قال: إن ملكت عبداً فلله عليّ أن أعتقه. ونحو ذلك

وأنه لو قال: إن ملكت عبداً، فلله[8] عليّ أن أعتقه، انعقد نذره، لأنه التزم قربة، في مقابلة نعمة، وهي حصول الملك. وأنه لو قال: إن ملكت عبد فلان، فلله عليّ أن عتقه فقولان: أشبههما: أن الجواب كذلك.

= انظر: تاريخ بغداد ٨/٥٣، وتهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٦١، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٩٢.

(١) "الجهة" ليست في: أ، ب ، ظ.

(٢) مابين المحصورتين ورد في جميع النسخ، ولعله مكرر لا فائدة من ذكره.

(٣) "نذر" ليست في ز.

(٤) "قال" ليست في أ.

(٥) سبق تخريج الحديث أول الباب ص ١٤٩.

(٦) الحديث أخرجه مسلم، وأحمد وغيرهما، عن عمران بن حصين وقد تقدم تخريجه في أول الباب: "لا نذر في معيصة الله ..." ص ١٤٩.

(٧) وهو المذهب. انظر: الروضة ٣/٣٠٣، ومغني المحتاج ٤/٣٥٧.

(٨) في: أ "الله".

والثاني: لا ينعقد لأنه[١] تصرفٌ معين، فلا ينفذ قبل الملك، هذا إذا قصد الشكر، على حصول[٢] الملك، فإن قصد الإمتناع، من تملكه، فهو من قبيل[٣] نذر اللجاج.

الرابع الفرع الثالث: لو قال: إن شفى الله مريضي وملكت عبداً فلله عليّ أن أعتقه، فكل عبداً ملكه حرٌ، ونحو ذلك.

وأنه لو قال: إن شفى الله مريضي وملكت عبداً فلله عليَّ أن اعتقه، صح، لأنه التزام قربة في مقابلة نعمتين، وفي معناه، ما إذا قال: إن شفى الله مريضي عليَّ أن اعتق عبداً، إن ملكته.

وأنه لو قال: إن شفى الله مريضي فكل عبد أملكه حرٌ، أو فعبد فلان حر إن ملكته لم يصح هذا النذر، لأنه ما التزم التقرب بقربة لكن علق الحرية بعد حصول النعمة، بشرط، وهو ليس بمالك حالة التعليق، فيلغو. كما لو قال: إن ملكت عبداً فهو حر. أو عبد فلان، فهو حر[٤]، ولو قال: إن شفى الله مريضي فعبدي حر، إن دخل الدار، صح، لأنه مالك عند التعليق، فصار كأنه علق عتق عبده بشفاء المريض، ودخول الدار. وإنه لو قال: إن شفي الله مريضي فلله عليَّ أن اشتري عبداً، وأعتقه[٥]، صح، ولم يضر التعرض لطريق الملك. وفي "التهذيب" في باب "الاستسقاء": أنه لو نذر الإمام أن يستسقي لزمه أن يخرج بالناس، ويصلي بهم. وفي الصلاة احتمال، عن القاضي، ولو نذر واحد من عرض الناس، لزمه أن يصلي منفرداً، وإن نذر أن يستسقي بالناس، لم ينعقد، فإنهم لايطيعونه. ولو نذر أن يخطب، وهو من أهله، لزمه. وهل يجوز أن يخطب قاعداً مع القدرة على القيام؟ فيه خلاف. كما سنذكر في الصلاة المنذورة[٦].

---

(١) في: أ "لا".

(٢) "حصول" ليست في ز.

(٣) انظر: المجموع ٤٥٥/٨، الروضة ٣٠٣/٣، ومغني المحتاج ٣٥٦.

(٤) انظر: الروضة ٣٠٤/٣.

(٥) في ز. "فأعتقه".

(٦) انظر: الروضة ٣٠٦/٣، ومغني المحتاج ٣٦٩/٤.

وسُئِلَ صاحب الكتاب - رحمه الله - عما إذا قال: البائع للمشتري إن خرج المبيع مستحقاً، فلله عليَّ أن أهَبَ منك ألف دينار، هل يصح هذا النذر؟ و لم يجب[1] في الكتاب. إقراره[2]/ بأن حاكماً حكم بصحته، هل يلزمه ذلك؟. (٤٢٣/ز)

الفرع السادس: إذا قال البائع للمشتري: إن خرج المبيع مستحقاً فلله عليَّ أن أهب منك ألف دينار. أو أن يكسو يتيماً.

أجاب بأن المباحات لا تلزم بالنذر، وهذا مباح، والإقرار بحكم الحاكم، لايؤثر إلا إذا نقل مذهب معتبر، في لزوم مثله، بالنذر. و[3] ذكر بعضهم: أنه لو نوى أن يكسُو يتيماً، لم يخرج عن العهدة باليتيم الذمي، لأن مطلق اليتيم في الشرع للمسلم، كما في قوله تعالى: "واليتامى والمساكين"[4][5].

---

(١) في ز : "وإن كتب".

(٢) ورد بهامش العزيز رقم (١) ٣٦٤/١٢ "... فأجاب: المباحات لا تلزم بالنذر، وهذا مباح، فلا يلزم بالنذور ولا يؤيد فيه الإقرار ولا قضاء القاضي، نقله من فتاويه. إلا إذا نقل مذهب معتبر بلزوم النذر".

(٣) "و" ليست في أ.

(٤) سورة النساء، آية ٣٦.

(٥) قال النووي في الروضة ٣٠٥/٣ "ينبغي أن يكون فيه خلاف مبني على أنه يسلك بالنذر مسلك واجب الشرع، أو جائزه، كما لو نذر نذر إعتاق رقبة" والله أعلم.

(قال [الغزالي] النظر في أحكام النذر: وهي تتبع موجب اللفظ، والملتزمات أنواع:

الأول: الصوم، فإذا نـذر مطلق الصـوم، كفـا ه يـوم. وفي لـزوم التبييت قولان: أصحهما: أنه[1] لايجب، تنزيلاً، على أقل جائز، لا على أقل واجب.

وكذا في الصلاة يكفيه ركعة، وفي الصدقة يكفيه دانق، لأن ذلك قد يجب في الخلطة؛ وفي الاعتكـاف، هـل يكفيـه الدخـول، والنيـة مـن غـير مكـث؟ فيـه خلاف).

[الفصل الأول: الصوم]

[قال الرافعي]: إذا صح النذر، وجب الوفاء به، والمرعي فيه. موجب ألفاظ الإلتزام، وقد فصله في "الكتاب". بتفصيل الملتزمات، وهي أنواع:

أحدها: الصوم، فإن أطلق التزامه، وقال: لله علي أن أصـوم، أو صـومٌ، لزمـه صوم يوم، ويكفيه ذلك. ويجيء وجه، أنه يخرج عن النذر، بإمساك بعض اليوم، بنـاءً على أن النذر، يُنزَّل على أقل، مايصح مـن جنسـه، وأنَّ إمسـاك بعـض اليـوم صـوم، وسنذكرهما.

ولو نذر صوم يوم[2]، أو أيام، وقدَّرها فذاك. وإن أطلق، ذِكْرَ الأيام نُزِّلَ على ثلاثة ولو قال: أصوم دهراً، أو حيناً، كفاه صوم يوم[3].

وهل يلزم التبييت في الصوم المنـذور؟[4] يُبنـى ذلـك علـى أن النـاذر إذا الـتزم بالنذر، عبادة وأطلق تسمية الملتزم على ما يُنَزَّلُ نذره؟.

قال الإمام: وفيه قولان مأخوذان من معاني كلام الشافعي رضي ا لله عنه.

أحدهما: أنه يـنزل علـى أقـل واجـب مـن جنسـه، بـأصل الشـرع[5]، لأن[6]

---

(١) "أنه" ليست في ز.

(٢) "يوم" ليست في ب.

(٣) راجع: الروضة ٣٠٥/٣، ومغني المحتاج ٣٦٨/٤.

(٤) انظر: المختصر ص٥٦، والروضة ٣٥٠/٢، ومغني المحتاج ٤٢٣/١.

(٥) "بأصل الشرع" ليست في أ، ز ، ظ.

المنذور واجب، فيجعل كالواجب ابتداء من جهة الشرع لقرب[1] الواجب.

والثاني: ينَزَّل على أقل مايصح من جنسه، لأن لفظ الناذر لايقتضي التزام زيادة عليه، فلا معنى[2] لالتزامه، ما لم يتناوله لفظه.

وهذا أصح عند الإمام[3]، وصاحب "الكتاب"[4] ورجح العراقيون والقاضي الروياني، وغيرهم الأول.

ويوافقه ماذكرنا أن الأصح[5]: أنه لايجمع بتيمم واحد بين فريضة، ومنذورة، وبين منذورتين، فإن قلنا، ينزل على أقل واجب من جنسه، أوجبنا التبييت. وإن قلنا: ينزل على أقل مايصح، لم يلزم التبييت، وصححناه بنية من النهار.

هذا إذا أطْلَقَ نذر الصوم. فأما إذا نذر صوم يومٍ، أو أيام، فصححته[6] بنية من النهار مع التنزيل، على أقل مايصح. يُبْنى على أصل آخر، وهو أن المتطوع بالصوم، إذا نوى نهاراً يكون صائماً من وقت النية، أو من أول النهار؟

وفيه خلاف مذكور، في الصوم[7].

والظاهر الثاني[8]: فإن قلنا به صح صومه، بنية من النهار.

وإن قلنا: إنه يكون صائماً من وقت النية، فلا يخرج عن نذره إلا بأن يبيت، لأنه التزم صوم يوم، ولا يتحقق على هذا الوجه صوم يوم إلا بنية منبسطة على اليوم، والنية لاتنعطف، فالوجه تقديمها. هذا لفظ الإمام[9].

---

(٦) "بأصل الشرع .... أقل ما يصح من جنسه: ليست في ظ.

(١) في: ز "أقرب".

(٢) في: ب ، ظ "ولا".

(٣) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧/ لوحة ٩٩.

(٤) انظر: الوجيز ٢/٢٣٣.

(٥) انظر: الروضة ٣/٣٠٦، ومغني المحتاج ٤/٣٦١.

(٦) في: أ "فصححت".

(٧) انظر: مختصر المزني ص ٥٦، والروضة ٢/٣٥٠، ومغني المحتاج ١/٤٢٣.

(٨) انظر الروضة ٣/٣٠٦.

(٩) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧/ لوحة ٩٩.

وقوله في الكتاب: "تنزيلاً على أقل جائز" : يعني مـايجوز تركـه. ويُبْنَـي علـى الأصل المذكور مسائلُ:

منها: إذا نذر أن يصلي مطلقاً فقولان:

المسألة الأولى: إذا نذر أن يصلي مطلقاً ونحو ذلك

أحدهما: وهو المنصوص في "المختصر"[١]، وبه قال أبوحنيفة رحمه الله: أنه يلزمه ركعتان حملاً على أقل واجب في الشرع[٢].

والثاني: نقله الربيع - رحمه الله - مع الأول: أنـه يكفيـه ركعـةٌ، حمـلاً علـى ماهو صحيح[٣].

ويقال: إن الأول الجديد.

والثاني: منقول عن القديم[٤]، وعن أحمد رحمه الله روايتان، كالقولين[٥].

وقوله في "الكتاب": "يكفيه ركعة" ليعلم بالحاء والألف. وأراد بقوله، "وكذا في الصلاة" التفريع على القول الأصح عنده، وهو التنزيل على أقل جائز.

وهل يجوز أن يصلي قاعداً مع القـدرة علـى القيـام؟ فيـه وجهـان، بنـاء علـى الأصل المذكور[٦].

ولو نذر أن يصلي قاعداً، جاز أن يقعد، كما لو صرَّح في نـذره، بركعـة، لـه الاقتصار عليه. وإن صلى قائماً فقد أتى، بالأفضل، ولو نذر أن يصلي قائماً، لم يجـز، أن يقعـد. ولـو نـذر أن يصلـي ركعتـين، فصلـى أربعـاً بتسـليمة واحـدة بتشـهد أو بتشهدين، فهل يخرج عن نذره؟ فيه وجهان مذكوران في "التتمة".

أحدهما: لا. لأن ما التزمه يقتضي التحلل بعد الركعتين.

---

(١) انظر: المختصر ص ٢٩٩.

(٢) انظر: الهداية ٩١/٢.

(٣) الأم ٢٥٩/٢.

(٤) انظر: الروضة ٣٠٦/٣، ومغني المحتاج ٣٦٩/٤.

(٥) انظر: المقنع ص ٣١٨، والمغني ٦٣٤/١٢.

(٦) انظر: مغني المحتاج ٣٦٩/٤ "الأول يجب مع القدرة والثاني: لايجب، ثم قال: "محل الخلاف إذا أطلق. فإن قال: أصلي قاعداً فله القعود قطعاً، كما لو صرح بركعة فتجزئـه قطعـاً، لكـن القيام أفضل منه".

المسألة الثانية: إذا نـذر أن يتصدق ونحو ذلك

الثاني: نعم: كما لو نذر أن يتصدق بعشرة، فتصدق بعشرين، وبهـذا أجاب في "التهذيب"[١]. لكن يمكن بناءُ الوجهين على الأصل السابق إن حملنا المطلق على الواجب شرعاً، فلا تجوز الزيادة، كما لو صلى الصبح أربعاً، وإن حملنا على الجائزات، فتجوز الزيادة.

وإن نذر أن يصلي أربع ركعات، فإن نزَّلنا المطلق على الواجب أمرناه بتشهدين؛ فإن ترك الأول، سجد للسهو، ولا يجوز أن يؤديهما بتسليمتين، وإن نزلناه على الجائز، فيتخير، إن شاء أداها بتشهدين، وإن شاء اقتصر على واحد، ويجوز أداؤها بتسليمتين بل هو أفضل[٢]. ولو نذر أن يصلي ركعتين على الأرض مُسْتَقْبِلاً، لم يجز[٣] آداؤهما على الراحلة. وإن نذر أداءهما على الراحلة، فله أن يؤديهما على الأرض مستقبلاً.

وإن أطلق، ففيه خلاف مبنيٌّ على الأصل المذكور وقد مرَّ في موضعه[٤].

ومنها: إذا نذر أن يتصدق، لم يتقدر بخمسة دراهم، ولا بنصف دينار، وإن حملنا المطلق على الواجب من جنسه، لأن الخلطاء قد يشتركون في نصاب فيجب على أحدهم شيء قليل، فيكفيه، أن يتصدق "بدانق"[٥] وما دونه مما يتمول، هكذا ذكروه حكماً وتوجيهاً. وإنما يستمر هذا التوجيه على قولنا: بتأثير الخلطة في النقود. ثم ذلك[٦] أن تقول إذا حملنا المطلق على الواجب، فإنما نحمله على أقل واجب من ذلك الجنس[٧]، والأقل من الصدقة، غير مضبوط جنساً، وقدراً، بل الأموال

---

(١) التهذيب ١٦٤/٨

(٢) انظر: الروضة ٣٠٦/٣، والمجموع ٤٦٤/٨، ومغني المحتاج ٣٦٩/٤، قال النووي: "الأصح: أنه يجوز بتسليمتين. والفرق بين هذه المسألة وباقي المسائل المخرَّجة على هذا الأصل عليه، وقوع الصلاة مثنى وزيادة فضلها. والله أعلم"

(٣) في: ب ، ز، د "لايجوز".

(٤) انظر: الوجيز ٣٧/١، وفتح العزيز مع المجموع ٢٠٨/٣.

(٥) الدانق: معرب، وهو سُدُسُ درْهَم. انظر: المصباح ٢٠١/١.

(٦) في: ز "ولك".

(٧) في: ز "من الجنس ذلك".

الزكاتية[١]، مختلفة الجنس وليس لواجبها قيمة مضبوطة، وصدقة الفطر أيضاً واجبة، وليس لها قيمة مضبوطة، فأمتنع إجراء هذا القول في الصدقة، وتعين اتباع اللفظ.

المسألة الثالثة: إذا نذر أن يعتكف

ومنها: إذا نذر أن يعتكف، وليس في جنس الإعتكاف واجب بالشرع، وقد سبق في بابه[٢] ذكر وجهين، في أنه هل يشترط فيه اللُّبْثُ، أم الدخول في المسجد مع النية اعتكاف شرعاً؟. والظاهر الأول، وحينئذٍ فلابد من لُبثْ[٣].

ويخرج عن النذر باللبث ساعةً، ويستحب أن يمكث يوماً، وإن اكتفينا بالدخول مع النية، ففيه ترددٌ للإمام أحد الاحتمالين: أنه يشترط اللبث، لأن لفظ الاعتكاف يشعر به.

والثاني: المنع حملاً للفظ على حقيقته شرعاً[٤].

المسألة الرابعة: إذا نذر إعتاق رقبة.

ومنها: إذا نذر إعتاق رقبة، فإن نزلنا المطلق على الواجب، فعليه إعتاق رقبة مؤمنة، تجزي في الكفارة. وبهذا قال: أبوإسحاق - رحمه الله - وإن نزلناه على مايجوز خرج عن نذره بإعتاق كافرة، أو مَعيبة.

قال الداركي[٥] - رحمه الله -: والصحيح الأول، وهو قضية مارُجِّح في نذر الصلاة، أنه تلزمه[٦] ركعتان، يؤيده مانقل عن "الأم"[٧]، أنه يجزيه، أي رقبة أعتق. إلا أن تكون كافرة، لكن ذكر في "المختصر"[٨] بعدما أوجب ركعتين في نذر الصلاة، لو

---

(١) في: ز "الزكوية".

(٢) انظر: الوجيز ١/١٠٧، وفتح العزيز مع المجموع ٦/٤٨٠.

(٣) انظر: المجموع ٦/٤٩٠، ومغني المحتاج ١/٤٥١.

(٤) انظر: الروضة ٢/٣٩١.

(٥) هو: عبد العزيز بن عبد الله بن محمد، الإمام أبوالقاسم الداركي. درس بنيسابور مدة، من كبار الشافعية. إنتهت إليه رئاسة المذهب ببغداد، تفقه على الشيخ أبي حامد، وكان ثقة توفي سنة ٣٧٥هـ في شوال عن نيف وسبعين سنة رحمه الله.
انظر: تاريخ بغداد ١٠/٣٦٣، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٤١، وابن هداية الله ص ٩٨.

(٦) في: ز "أنه لو نذر عتق رقبة". زيادة وهي خطأ.

(٧) الأم ٢/٢٥٩.

(٨) المختصر ص ٢٩٨.

نذر عتق رقبة، فأي رقبة أعتق أجزأه[١]. والجوابان، لايتلاءمان. فقيل: لعله، ذكر مسألة العتق، في موضع آخر تفريقاً على القول الآخر، فجمع المزني بينهما، ومنهم من أوَّل.

وقال: المعنى. أي رقبة تجزي في الكفارة[٢].

ولو قيد فقال: لله عليَّ أن أعتق رقبة مؤمنة سليمة، لم تجزه الكافرة[٣] والمعيبة لامحالة. ولو قال: كافرة، أو معيبة لم تلزمه المؤمنة، والسليمة. ولو أعتق مؤمنة، أو سليمة ففيه وجه: أنه لا تجزي، والأصح خلافه[٤]، لأنه أتى بما هو أفضل، وليس ذكر الكفر، والعيب للتقرُّب، بل لجواز الإقتصار على الناقص، كما لو نذر أن يتصدق بحنطة رديئة يجزيه أن يتصدق بالجيدة. ولو قال: عليَّ أن أعتق هذا العبد الكافر، والمعيب، لم يجزه[٥] غيره، وإن كان خيراً منه لتعلق النذر بعينه[٦].

(قال [الغزالي]: "ولو نذر صوم شهر متفرقاً" لم يلزمه التفريق، ولو عين يوماً، للصوم تعين في أحد الوجهين. ولو شرط التتابع، في صوم شهر معين، لم يلزمه[٧] التتابع في قضائه، على أحد الوجهين، ولو قال: أصوم هذه السنة[٨] فليس عليه قضاء أيام التشريق[٩] والعيد، وأيام رمضان. وهل يجب قضاء أيام الحيض، والمرض؟ فيه وجهان. ويجب قضاء ما أفطر في السفر، ولو قال: على صوم سنة، فلا يكفيه إلا اثنا عشر شهراً[١٠] ولا تنحط عنه أيام رمضان، والعيد، والحيض).

---

(١) في: ز "اجزأته".
(٢) انظر: الروضة ٣٠٧/٣، ومغني المحتاج ٣٦٩/٤.
(٣) في: أ "الكفارة".
(٤) انظر: المصدرين نفسهما.
(٥) في: ز "لم يجزأه".
(٦) في: ز "النذر به".
(٧) في: ز "يجب".
(٨) "السنة" ليست في: أ.
(٩) "التشريق" ليست في: أ ، ب، ظ.
(١٠) "شهراً" ليست في: أ.

[قال الرافعي]

الصورة الأولى: إذا نذر صوم يوم، ولزمه ونحو ذلك.

فيه صور: إحداها: إذا نذر صوم يوم ولزمه[1] فيستحب أن يبادر إليه، ولا يجب بل يخرج عن النذر بصوم أي يوم كان، إلا أن لا يباح فيه الصوم. أو يكون من أيام رمضان[2]. وكذا لو نذر صوم خميس[3]، و لم يُعين يصوم أي خميسٍ شاء، ويخرج به[4] عن النذر. وإذا مضى خميس[5] استقر في ذمته حتى يفدي عنه، إذا مات قبل أن يصوم. ذكره إبراهيم المروذي.

وإذا عين يوماً في نذره، كأول خميس من الشهر، أو خميس هذا الاسبوع، فهل يتعين؟ فيه وجهان: نقلهما "الصيدلاني" وغيره.

أصحهما، وهو الذي أورده معظم الأصحاب. أنه يتعين وفاءً بالملتزم.

والثاني: لايتعين، كما لو عين له مكاناً، فعلى هذا يجوز له التقديم، والتأخير.

وعلى الأصح لايجوز، وإذا[6] أخر كان قضاء، ثم إذا[7] أخر بغير عذر، أثم، وإن كان معذوراً بسفر، أو مرض، لم يأثم[8]، ولو عين يوماً من أسبوع والتبس عليه، فينبغي أن يصوم يوم الجمعة، فإنه أخر يومٍ من الأسبوع، فإن كان هو الذي عينه فقد أتى بما التزم، وإن كان يوماً قبله كان صومه قضاء.

ولو نذر يوماً من الاسبوع المعين، صام يوماً منه، أي يوم كان، ولا تثبت لليوم[9] المعين، وإن عيناه، خواص رمضان، من الكفارة عند الإفطار بالوقاع، ووجوب الإمساك، لو أفطر، وعدم قبول صوم آخر من قضاء، أو كفارة، بل الواقع

---

(١) في: ز "ولزم".
(٢) انظر: مغني المحتاج ٣٥٨/٤.
(٣) في: ز "يوم خميس".
(٤) "به" ليست في: ز.
(٥) "خميس" ليست في: ز.
(٦) في: ز "ولو".
(٧) في: ز "إن".
(٨) انظر: الروضة ٣٠٧/٣، ومغني المحتاج ٣٦٢/٤.
(٩) في: أ "اليوم".

فيه قضاء، أو صوم كفارة، صح، ونفى الإمام الخلاف فيه[١]، لكن في "التهذيب": ذُكِرَ وجه آخر أنه لاينعقد فيه صوم آخر، كما في أيام[٢] رمضان.

والخلاف في أن اليوم المعين، هل يتعين؟ يجري في الصلاة إذا عين لها في النذر وقتاً، وفي الحج إذا عين له سنة. والتعيين هو الذي أورده في "التهذيب"[٣].

فقال: ولو نذر صلاة في وقت عينه غير الأوقات المنهية، تعين. حتى لا يجوز قبله، ولايجوز التأخير عنه، ويجب القضاء، إذا لم يصلِّ فيه. ولو نذر أن يصلي ضحوة، صلى[٤] ضحوة أيَّ يوم شاء، ولا يخرج عن النذر، لو صلى في غير الضحوة، ولو عين ضحوة، و لم يصل فيها قضى في أي وقت كان، من ضحوة، وغيرها[٥].

ولو عين للصدقة وقتاً، قال: الصيدلاني: يجوز تقديمها، على وقتها بلا خلاف[٦].

الصورة الثانية: إذا نذر صوم أيام مثل: إن قال لله عليَّ أن أصوم عشرة أيام.

والثانية: إذا نذر صوم أيام، مثل إن قال: " لله عليَّ أن أصوم عشرة أيام"، فالقول في أنه لاتجب المبادرة، وتستحب، وفي أنه إذا عينها، هل تتعين؟ على ماذكرنا في اليوم الواحد. و[٧]يجري الخلاف في[٨] تعين الشهر، والسنة المعينين. وحيث لاتذكره[٩]، نقتصر على الوجه الأصح[١٠].

---

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٨.

(٢) "أيام" ليست في: ز.

(٣) التهذيب، ١٦٤/٨.

ثم راجع: المجموع ٤٧٩/٨، ومغني المحتاج ٣٦٤/٤ و ٣٦٥.

(٤) في: أ "فصلى".

(٥) انظر: التهذيب ١٦٤/٨، والروضة ٣٠٩/٣، ومغني المحتاج ٣٦٤/٤.

(٦) انظر: المجموع ٤٧٩/٨.

(٧) في: ز "أو". وانظر: الروضة ٣٠٨/٣.

(٨) "في" ليست في: أ.

(٩) في: أ، ب، ظ "لانذكر".

(١٠) انظر: المجموع ٤٧٩/٨.

ويجوز أن يصومها متتابعة، ومتفرقة، لحصول الوفاء على التقديرين، وفي كتاب القاضي ابن كج: أن عند أبي حنيفة - رحمه الله - يجب التتابع[١].

وإن قيَّد النذر بالتتابع لزمه، رعاية التتابع، فلو أخلَّ به، فعلى ماسبق في صوم الشهرين المتتابعين. فإن قيد بالتفرق، فوجهان[٢].

ذكر الإمام[٣] أن الأصحاب بنوهما على اختلاف القول في أن التفريق في صوم التمتع بين الثلاثة وبين[٤] السبعة هل يجب إذا فاتت الثلاثة، أو[٥] أنهما يقربان من الوجهين، في أن الأوقات، هل تتعين للصيام، إذا عينت؟ فإن قلنا تتعين، لم يبعد حمل استحقاق التفريق عليه، كما لو قال: لله عليَّ صوم الأثانين[٦] فإنه يصومها على صفة التفريق ثم رأى الأصح من الوجهين: أنه لايجب التفريق[٧].

وهو الذي أورده صاحب "الكتاب" رحمه الله. ووجِّه: بأن التفريق ليس وصفاً مقصوداً بخلاف التتابع، فإذا صام متتابعاً، فقد أتى بما هو أفضل، وأجاب القاضي ابن كج، وصاحب "التهذيب"[٨] وغيرهما: بأنه يلزمه التفريق، وقالوا: التفريق مرْعِيٌّ في صوم المتع شرعاً، كما أن التتابع مرعيٌّ في صوم الكفارة. وذكروا: أنه لو صام عشرة أيام متتابعة تحسب له خمسة أيام، ويلغي بعد كل يومٍ، يومٌ. وهذا أقرب[٩].

---

(١) انظر: الهداية ١٣١/١.

(٢) انظر: الروضة ٣٠٩/٣، والمجموع ٤٧٩/٨، ومغني المحتاج ٣٥٩/٤.

(٣) قوله: "الإمام" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) "بين" ليست في: .

(٥) "بين" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) الأثانين: جمع اثنين. كما ورد في القاموس المحيط ٣٠٩/٤، لكن في المصباح المنير ٨٦/١، يقول: "أن يوم الاثنين لايثنى، ولا يجمع، فإن أردت جمعه قدرت أنه مُفرد، وجمعته على أثانين...".

(٧) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/لوحة ٩٨، وانظر: المجموع ٤٧٩/٨، والروضة ٣٠٩/٣، ومغني المحتاج ٣٥٩/٤.

(٨) التهذيب ١٦٣/٨

(٩) انظر: مغني المحتاج ٣٥٩/٤.

الصورة الثالثة: إذا نذر صوم شهر

والثالثة : إذا نذر صوم شهر، نظر: إن عيَّن كرجب، أو شعبان، أو قال: أصوم شهراً من الآن، فالصيام يقع متتابعاً، لتعيين أيام الشهر.

وليس التتابع مستحقاً في نفسه، حتى لو أفطر يوماً، لايلزمه الاستئناف. ولو فاته الجميع، لم يلزمه التتابع في قضائه، كما في صوم رمضان، فلو[1] شرط التتابع من غير تعيين الشهر، فهل يجب رعاية التتابع.

فيه وجهان[2]: أحدهما: لايلزمه، لأن شرط[3] التتابع مع تعيين الشهر لغو.

وأظهرهما: وهو الذي يوجد لأصحابنا العراقيين، أنها تجب، حتى لو أفسد يوماً، يلزمه الإستئناف.

وإذا فاته قضى متتابعاً، لأن ذكر التتابع، يدل على كونه مقصوداً[4]. وقد سبق مثل هذا، في الإعتكاف[5]. ولو أطلق، فقال: أصوم شهراً، فله التفريق والتتابع، قال: الصيدلاني: وساعدنا أبوحنيفة رحمه الله ههنا[6]. وإن خالف فيما إذا نذر اعتكاف شهر، فشرط التتابع، ثم إن فرق، صام ثلاثين يوماً. وإن صام متتابعاً[7] وابتدأ به بعد[8] مضي بعض الشهر[9] الهلالي، فكذلك وإن ابتدأ به في أول الشهر، وخرج ناقصاً كفاه[10].

و[11]الرابعة: إذا نذر صوم سنة، فله حالتان.

---

(١) في: ب ، ط "فإن".

(٢) من "من غير ... التتابع فيه" ليست في: أ، ب ، ظ.

(٣) في: ز "وينسب إلى القفال: لا، لأن ذكر التتابع".

(٤) انظر: المجموع ٨/٤٨٠، وشرح الجلال المحلى ٤/٢٩٠، ومغني المحتاج ٤/٣٥٩.

(٥) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٦/٥١١، والروضة ٢/٤٠٠.

(٦) انظر: الهداية ١/١٣١.

(٧) "متتابعاً" ليست في ز.

(٨) في: أ "بعض" وهو خطأ.

(٩) في: ز "الشهر بعض".

(١٠) انظر: المجموع ٨/٤٨٠، ومغني المحتاج ٤/٣٥٩.

(١١) "و" ليست في: أ.

الصورة الرابعة: إذا نذر صوم سنة ونحو ذلك

إحداهما: أن يعيِّن سنة متوالية الأيام، كقوله: أصوم سنة كذا، أو سنة من أول شهر كذا، إلى مثله، أو من[1] الغد، فصيامها يقع متتابعاً[2] بحق الوقت، ويصوم رمضان عن فرضه، ويفطر العيدين، وكذا[3] أيام التشريق، تفريعاً على: أنه لايجوز الصوم فيها، وهو الصحيح، ولا يجب قضاؤها، بل هي غير داخلة في النذر. وإذا أفطرت المرأة[4] بعذر الحيض، والنفاس، ففي وجوب القضاء، قولان، ويقال: وجهان.

أحدهما: أنه[5] لايجب كيوم العيد، وزمان الحيض، والنفاس يقع مستثنى شرعاً.

والثاني: يجب؛ لأن[6] النذر محمول على الواجب شرعاً.

وإذا وقع الحيض في الصوم الواجب شرعاً، قضي، فكذلك[7] الواجب[8] بالنذر، ويخالف العيد، فإنه غير قابل للصوم، في نفسه. وهذا أصح عند صاحب "التهذيب"[9] والأول أصح عند أبي علي الطبري، وأبي الحسين بن القطان. ونسبه القاضي ابن كج إلى الجمهور، وتابعهم الروياني[10].

ولو أفطر بعذر المرض، ففيه مثل هذا الخلاف، ورجح القاضي ابن كج فيه وجوب القضاء فرقاً بأنه لايصح أن تنذر صوم أيام الحيض، ويصح أن تنذر صوم أيام المرض.

---

(١) "من" ليست في: أ.
(٢) في: أ، ب، ظ متتابعة.
(٣) "كذا" ليست في: ب، ظ.
(٤) "المرأة" ليست في: ز.
(٥) "أنه" ليست في: أ، ب، ظ.
(٦) "لأن" ليست في: أ، ب، ظ.
(٧) في: ز هكذلك.
(٨) "الواجب" ليست في: ز.
(٩) انظر ٨/١٥٧.
(١٠) انظر: هذه الحالة: شرح الجلال المحلى ٤/٢٩٠، ومغني المحتاج ٤/٣٥٩.

ولو أفطر بعذر السفر، فالظاهر وجوب القضاء، لأنه يتعلق بمحض اختياره، وبه قال: أبوالحسين وهو المذكور في الكتاب، ومنهم من طرد فيه الخلاف[١]، وبه قال: القاضي ابن كج.

وإذا أفطر في بعض الأيام بغير عذر أثم، وعليه القضاء بلا خلاف. وسواء أفطر بعذر أو بغير عذر[٢]، فلا يجب الإستئناف، وإذا[٣] فاته صوم السنة، لم[٤] يجب التتابع في قضائه كما في صوم رمضان.

هذا إذا لم يتعرض للتتابع[٥].

فإن شرط التتابع مع تعيين السنة، فعلى الوجهين المذكورين في الشهر[٦]، فإن قلنا تجب رعايته، فإذا أفطر بغير عذر، وجب الإستئناف، وإذا أفطرت[٧] للحيض لم يجب. والإفطار بالمرض، والسفر هل يبطل التتابع؟ فيه ماذكرنا في صوم الشهرين المتتابعين. في كفارة [اليمين][٨]، فإن قلنا لايبطل ففي القضاء الخلاف السابق.

ولو قال" لله عليَّ صوم هذه السنة، يتناول اللفظ السنة الشرعية، وهي من المحرم إلى المحرم، فإن كان قد مضى بعضها، لم يلزمه إلا صوم الباقي.

فإن كان رمضان فيما بقي، لم يلزمه قضاؤه عن النذر، ولا قضاء العيدين، وأيام التشريق والحيض، والمرض على ماذكرنا[٩] في جميع السنة[١٠].

وقوله: "ولو قال: أصوم هذه السنة" يشبه أن يريد به، ما إذا نذر سنة، أشار إليها بعينها، وليس المراد حكاية هذه اللفظة من قول، الناذر.

---

(١) في: ز الخلاف فيه.

(٢) من "أثم، وعليه ... بغير عذر" ليست في: ز.

(٣) في: أ "فإن".

(٤) في: ب، ظ "فلا".

(٥) راجع: المجموع ٤٨٠/٨، والروضة ٣١٠/٣، ومغني المحتاج ٣٥٩/٤.

(٦) انظر: الروضة ٣١٠/٣.

(٧) في: أ "أفطر".

(٨) "كفارة اليمين" هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب "الظهار" والله أعلم. وتراجع المسألة، الوجيز ٨٤/٢، ومغني المحتاج ٣٦٥/٣.

(٩) في: أ "ذكر".

(١٠) انظر: الروضة ٣١٠/٣ و ٣١١، ومغني المحتاج ٣٦٠/٤.

الحالة الثانية: إذا نذر صوم سنة، وأطلق فينظر، إن لم يشترط[1] التتابع، فيصوم ثلاثمائة وستين يوماً، أو اثني عشر شهراً بالهلال، فكل[2] شهر استوعبه بالصوم، فناقصه كالكامل. وإن انكسر، لم يصم جميعه فعليه إتمامه[3] ثلاثين، وشوال ينكسر بسبب العيد فيكمله ثلاثين، فإن كان ناقصاً احتاج، إلى تدارك يومين وذي الحجة يكمله ثلاثين، فإن كان ناقصاً تدارك خمسة أيام، ولا يجب أن يصوم متتابعاً، وإن صام سنة على التوالي، تدارك للنذر رمضان والعيدين وأيام التشريق، ولا بأس بصوم يوم الشك عن النذر، وتتدارك المرأة لأيام الحيض، هذا ظاهر المذهب[4]. ووراءه وجهان:

أحدهما: عن أبي الحسين بن القطان رحمه الله: أنه إنما يخرج عن النذر بصوم ثلاثمائة وستين يوماً، لأن السنة تنكسر لامحالة، بسبب[5] رمضان، وأيام الفطر، وإذا انكسرت[6] وجب أن يعتبر العدد، كما أن الشهر إذا انكسر يعتبر العدد.

والثاني: ذكره الصيدلاني: أنه إذا صام من المحرم إلى المحرم، أو من شهر آخر إلى مثله خرج عن نذره لأنه يقال: أنه صام سنة، ولا يلزمه[7] قضاء رمضان وأيام الفطر، وإن شرط التتابع، فقال: لله عليَّ أن أصوم سنة متتابعة، فيلزمه التتابع، ويصوم رمضان عن فرضه، ويفطر العيدين، وأيام التشريق، وهل يلزمه تداركها للنذر، ففيه وجهان مذكوران في "التتمة" أظهرهما: عند صاحبها المنع؛ لأن السنة المتتابعة اسم لاثني عشر شهراً، أو لثلاثمائة وستين يوماً، وقد صام من هذه المدة مايمكن صومه فلا تلزمه زيادة عليه، كما لو عين السنة.

---

(١) في: أ "يشرط".
(٢) في: أ "وكل".
(٣) في: ز "إتمام".
(٤) انظر: شرح الجلال المحلى ٢٩٠/٤، ومغني المحتاج ٣٥٩/٤.
(٥) في: ز "يصوم".
(٦) في: ز "انكسر".
(٧) في: ب، ز " لايلزم".

والثاني: وهو "المنصوص"[١] وجواب معظم الأصحاب - رحمهم الله - أنه يلزمه التدارك، على الإتصال بآخر المحسوب من السنة، لأنه التزم صوم سنة، ولم يصم عما التزم سنة، ويخالف ما إذا كانت السنة معينة، لأن المعين في العقد لايُبْدل بغيره، والمطلق إذا عُين قد يبدل، ويشبه ذلك المبيع، إذا خرج معيباً، ولا يبدل، والمُسْلَم فيه إذا سَلَّمَهُ، فخرج معيباً، يبدل، ثم يحسب بالشهر الهلالي، وإن كان ناقصاً على ماذكرنا. وإذا أفطر بغير عذر وجب الاستئناف، وإذا أفطرت المرأة بعذر الحيض لم يجب الاستئناف. وفي عذر المرض والسفر، مابيناه في صوم الشهرين المتتابعين[٢].

ثم في قضاء الحيض، والمرض، الخلاف المذكور في الحالة الأولى[٣].

فإذا نذر صوم شهر معين، فقضاء مايتفق الإفطار فيه، بحيض، أو مرض، على ماتبين في السنة، وكذا لو نذرت المرأة صوم يوم معين، فحاضت فيه، ففي وجوب قضائه القولان[٤]. وإن نذرت صوم يوم[٥] غير معين فشرعت في صوم يوم فحاضت، لزمها التدارك.

ولو نذر[٦] صوم ثلاثمائة وستين يوماً، فعليه أن يصوم هذا العدد، ولا يلزم التتابع، فإن قال: متتابعة، وجب رعاية التتابع، ويقضي لرمضان، والعيدين، وأيام التشريق على الاتصال[٧].

وحكى القاضي ابن كج وجهاً ضعيفاً. أن ذكر التتابع يلغو هاهنا.

(قال [الغزالي]: "ولو قال: لله على أن أصوم يوم يقدم فلان، فقدم ليلاً، فلا شيء عليه، وإن قدم نهاراً، لم يكْفِهِ صوم ذلك اليوم، لأنه[٨] لم ينوه بالليل.

---

(١) انظر: الأم ٢/٢٥٩.

(٢) انظر: معني المحتاج ٤/٣٦٠.

(٣) انظر: المجموع ٨/٤٨١، وشرح الجلال ٤/٢٩٠، ومغني المحتاج ٤/٣٥٩.

(٤) أظهرهما. لايجب. انظر: شرح الجلال المحلى ٤/٢٩٠.

(٥) "يوم" ليست في: أ.

(٦) في: أ "نذرت".

(٧) المجموع ٨/٤٨١، ومغني المحتاج ٤/٣٦٠.

(٨) في: أ، ب ، ظ "مع أنه".

وهل يلزمه صوم يوم آخر؟ فيه قولان: ولو قال: عبدي حر، يوم يقدم فلان، فباع العبد ضحوةَ ذلك اليوم، ثم قدم، بان بطلان العقد على أحد القولين.

ويحمل ذكر اليوم على جميع ذلك اليوم. ولو ظهر بعلامةٍ، أنه يقدم غداً، فنوى ليلاً، كفاه مع التردد على أحد القولين؛ لظهور العلامة، ولو نذر من نوى نهاراً صوم تطوع أن يتم ذلك اليوم، لزمه، وكذلك لو نذر ركعة واحدة، ولو نذر أن يصلي قاعداً مع القدرة جاز له القعود، ولو نذر صوم بعض يوم لغا نذره في وجه، وفي وجه يلزمه يومٌ كامل؛ وكذا الخلاف لو نذر ركوعاً أو سجوداً، فعلى وجه عليه ركعة. وعلى وجه يلغو، ولو نذر حج هذه السنة، وهو على مائة[1] فرسخ[2]، ولم يبق إلا يوم فنذره لاغ).أ.هـ.

[فصل: إذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان وفيه صور]

[قال الرافعي] مقصود الفصل: الكلام فيما إذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان، وقد ضَمَّنَهُ صوراً، حَقُّها: أن تُقَدَّم.

الصورة الأولى: إذا شرع في صوم تطوع فنذر أن يُتمهُ

إحداها: إذا شرع في صوم تطوع، فنذر أن يتمه، فظاهر المذهب أنه يلزمه إتمامه[3]. وفيه وجه[4]، لأنه نذر صوم بعض اليوم.

ويجري الخلاف فيما إذا نذر أن يتم[5] صوم كل يوم نوى فيه صوم النفل. وإذا أصبح ممسكاً، و لم ينو، فهو متمكن من صوم التطوع. فلو نذر أن يصوم على هذا الوجه فقد أطلق في لزوم الوفاء. قولان: بناءً على أن النذر يُنَزَّل على واجب الشرع أو على مايصح[6].

---

(١) في: أ، ب ، ظ "مائتي".

(٢) الفَرْسَخُ: مشتق من الفَرْسَخَةُ. وهو السعة ويقدر بثلاثة أميال. انظر: المصباح ٤٦٨/٢.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣٦١/٤.

(٤) أي "لايلزمه". انظر: المرجع نفسه.

(٥) في: أ، ب، ز "يتمم".

(٦) انظر: المصدر نفسه، والروضة ٣١٢/٣.

قال الإمام رحمه الله: والذي أراه اللزوم[١]. فإن النذر مقيد بالصوم على هذا الوجه. وموضع القولين. حالة الاطلاق.

ثم حكى عن الأصحاب: أنه لو قال: عليَّ أن أصلي ركعة واحدة، لم تلزمه، إلا ركعة.

وأنه لو قال: عليَّ أن أصلي كذا قاعداً، يلزمه القيام عند القدرة، إذا حملنا المنذور على واجب الشرع، وأنهم تكلفوا فرقاً بينهما.

قال: ولا فرق فيجب تنزيلهما على الخلاف، وهو كالخلاف في نذر الصوم نهاراً، عند إمكان التطوع به، فإنه بالإضافة إلى واجب الشرع بمثابة الركعة الواحدة بالإضافة إلى أقل واجب الصلاة[٢].

ولك أن تعْلِمَ، لما بينا قوله في "الكتاب". لزمه بالواو.

وقوله: "وكذلك لو نذر ركعة واحدة أيضاً" وكذلك قوله "جاز له القعود".

الصورة الثانية: لو نذر صوم بعض يوم هل ينعقد نذره

الثانية: لو نذر صوم بعض يوم، هل ينعقد نذره؟ فيه وجهان .

أصحهما: المنع، لأن صوم بعض اليوم ليس بقربةٍ[٣].

والثاني: ينعقد، وعليه صوم يوم كامل، وزاد صاحب "التتمة". فقال: تبنى المسألة، على أن المتنفل إذا نوى الصوم نهاراً، يكون صائماً من وقت النية، أو من ابتداء النهار. إن قلنا من وقت النية، انعقد نذره، وإن قلنا من ابتداء النهار، فوجهان.

أحدهما: لاينعقد؛ لأن المنذور ليس بقربة، ولا سبيل إلى إيجاب زيادة، يلتزمها[٤].

والثاني: ينعقد، لأنه قد ورد الأمر بإمساك[٥] بعض النهار، كما في حق من أصبح مفطراً، يوم الشك، ثم بان أنه من رمضان، وذكر تفريعاً على الانعقاد، أنه لو

---

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧/ لوحة ٩٩/ب.

(٢) انظر: المجموع ٤٨٧/٨، ومغني المحتاج ٣٦١/٤.

(٣) انظر: المصدرين السابقين.

(٤) في: أ "يلزمها".

(٥) في: ز "بالإمساك".

أمسك بقية نهاره عن النذر يجزئه، وإن لم يكن قد تناول في أوله شيئاً. وإن تناول فلا يجزئه على المذهب. وقد مرَّ في الصوم[١]، وجه: أنه إذا نوى الصوم بعد الأكل يجوز، فعلى ذلك الوجه يجزئه عن نذره.

وهذا يخالف ماقدَّمنا /، أنه يلزمه صوم يوم كامل[٢]. (٤٢٧/ز)

ولو نذر أن يصلي بعض ركعة ففيه وجهان كما مرّ[٣] في مسألة الصوم. ووجَّهَ الشيخ "المتولي" الانعقاد، بأن الإنسان قد يؤمر بفعل مادون ركعة، ويثاب عليه، وهو إذا أدرك الإمام بعد الركوع، حتى يدرك به فضيلة الجماعة، إذا اتفق[٤] في الركعة الأخيرة.

قال: فعلى هذا، تلزمه ركعة كاملة إن أراد أن يأتي بالمنذور منفرداً. وإن اقتدى بإمام بعد الركوع في الركعة الأخيرة، فيخرج عن نذره، لأنه أتى بما التزمه، وهو قربة في نفسه.

والذي أطلقه غيره تفريعاً على انعقاد النذر، أنه تلزمه ركعة. وهو الجواب، إذا نذر ركوعاً باتفاق المفرعين، ولو نذر تشهداً، ففي "التتمة" أنه يأتي بركعة يتشهد في آخرها، أو[٥] يقتدي بمن قعد للتشهد في آخر صلاته، أو يكبر، ويسجد سجدة، ويتشهد على طريقة من يقول: سجود التلاوة، يقتضي التشهد، ويخرج به عن نذره. ولو نذر سجدة مفردةً، ففيه طريقان: قال[٦]: "في التتمة": أن السجدة قربة، بدليل سجدة التلاوة، والشكر ففي انعقاد نذره وجهان، كالوجهين في نذر عيادة المريض، وتشميت العاطس.

فلو قلنا: لاينعقد، فالحكم كما في الركوع.

---

(١) انظر: الوجيز ١/١٠١، والروضة ٢/٣٥٢.

(٢) انظر: الروضة ٣/٣١٣، ومغني المحتاج ٤/٣٦١.

(٣) "مرّ" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) انظر: الروضة ٢/٣٥٢.

(٥) في: ز "و".

(٦) "قال" ليست في: ب، ز ، ظ.

وقطع الشيخ "أبومحمد" بأن[1] نذر السجدة المفردة[2] لاينعقد، بناءً على أنها ليست بقربة، من غير سبب[3]. وهو الظاهر كما تقدم في الصلاة[4].

الصورة الثالثة: إذا نذر أن يحج في هذه السنة وهو على مائة فرسخ ولم يبقى إلا يوم.

الثالثة: إذا نذر أن يحج[5] في هذه السنة، وهو على مائة فرسخ، ولم يبقى إلا يوم، لم ينعقد نذره، لأنه لا يتأتى له الإتيان بما التزم.

هذا ظاهر المذهب[6]، وذكر بناء عليه أن في لزوم كفارة اليمين بذلك خلافاً سبق في نظائره.

وحكى القاضي ابن كج وجهاً آخر أنه ينعقد نذره، ويقضي في سنة أخرى. هذه هي الصورة المُضَمَّنَةُ. ولنعد إلى مقصود الفصل.

إذا نذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، هل ينعقد نذره؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، وهو اختيار الشيخ أبي حامد؛ لأنه[7] لايمكنه الصوم بعد القدوم، لأن التبييت شرطٌ في صوم الفرض.

وإذا لم يمكن الوفاء بالملتزم يلغو[8] الالتزام، كما ذكرنا في التزام الحج في الصورة الثالثة.

وأظهرهما: وهو اختيار المزني[9]. وإلى ترجيحه ذهب القاضيان "أبوالطيب" و "الروياني" وإليه ميل "ابن الصباغ" وغيره: أنه ينعقد نذره، لأنَّ الوفاء به ممكن بأن يعلم أنه يقدم غداً، فينوي من الليل، ويصوم عن النذر، وقد يجب الصوم في زمان،

---

(١) في: أ "إن".
(٢) في: أ "الفردة".
(٣) في: ب "بلا سبب" وليست في: ظ.
(٤) انظر: الوجيز ١/٦٥٣، فتح العزيز مع المجموع ٤/٢٠٢.
(٥) في: ز "الحج".
(٦) انظر: الروضة ٣/٣٠٠، ومغني المحتاج ٤/٣٥٧.
(٧) في: أ "أنه".
(٨) في: ز "فلغو".
(٩) انظر: مختصر المزني ص ٢٩٨.

لايمكن الإتيان به، ويُؤثِّر وجوبه[١] في القضاء كالصبي يبلغ أثناء النهار، والمغمي عليه يفيق، والحائض تطهر[٢].

التفريع: إن قلنا: لاينعقد نذره فلا كلام.

وإن قلنا: ينعقد، فلو قدم فلان ليلاً، فلا صوم على الناذر، لأن الصوم معلق بيوم القدوم، ولم يوجد يوم قدوم. وإن قُدِّرَ أنه عَنَى باليوم الوقت، فالليل غير قابل للصوم، ويستحب أن يصوم من الغد، أو يوماً آخر شكراً لله تعالى، وإن قدم نهاراً، فللناذر أحوال.

إحداها: أن يكون مفطراً، فيلزمه أن يصوم عن نذره يوماً. وكيف يُقَدَّر؟ أنقول[٣]: يلزمه بالنذر، من أول اليوم، أو نقول يلزم من وقت القدوم؟ فيه وجهان ويقال قولان: أصحهما: وبه قال ابن الحداد[٤]: أنه يلزمه الصوم من أول اليوم، لأن قوله: أصوم يوم يقدم فلان، عبارة عن جميع اليوم. لا عن وقت القدوم، خاصة، إلا أن يوم[٥] القدوم غير معلوم، فإذا قدم تبين أنه من أوله[٦] يوم القدوم، فأشبه ما إذا أصبح يوم الشك مفطراً، ثم بان أنه من رمضان، يلزمه القضاء.

والثاني: أنه يلزم من وقت القدوم، لأنه علق الالتزام بالقدوم، وبكونه في النهار، إلا أن صوم بعض اليوم لايمكن، فلزمه[٧] صوم يوم تام. قال في "التهذيب"[٨]،

---

(١) في: ز "رجوعه".

(٢) راجع المسألة في: الأم ٢/٢٥٩، والمجموع ٨/٤٨٤، والروضة، ٣/٣١٤، ومغني المحتاج ٤/٣٦١.

(٣) في: أ "القول" وفي: ز "أن يقول".

(٤) هو: محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر أبوبكر الكناني. المشهور بابن الحداد، شيخ الشافعية بالديار المصرية، جالس أبا إسحاق المروزي، كان كثير العبادة متضلعاً في العلوم. له كتاب "أدب القضاء"، و "الباهر في الفقه"، وغيرهما، ولد سنة ٢٦٤هـ، وتوفي سنة ٣٤٥هـ رحمه الله.
انظر ترجمته: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٣٠، وشذرات الذهب ٢/٣٦٧، وطبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٧٠.

(٥) "يوم" ليست في: أ، ب ، ظ.

(٦) في: ب "أول".

(٧) في: ز "فلزمه أن".

(٨) انظر: التهذيب ٨/١٦٢.

وليس هذا كما إذا نذر صوم بعض اليوم، حيث لاينعقد على ظاهر المذهب، لأنه نذر هاهنا صوم يوم لكن شرط الوجوب حصل في البعض، فهو كما إذا شرع في صوم تطوع، ثم نذر إتمامه، فلزمه[١] على ظاهر المذهب ويكون واجباً من حين نذر كما في جزاء[٢] الصيد، يصوم عن كل مدٍ يوماً، ولو فضل عن[٣] نصف مد، يصوم يوماً تاماً.

والواجب فيه[٤] نصف يوم[٥]، وقد يعبر عن هذا الخلاف، بأن ذكر القدوم لتعريف اليوم، أو هو شرط الوجوب؟ ويتعلق بهذا الخلاف فوائد.

منها: بنى بعضهم القولين في انعقاد النذر من أصله[٦] على هذا الخلاف، وقال: إن قلنا: إن قضيته لزوم الصوم من أول اليوم، انعقد.

وإن قلنا: قضيته اللزوم من وقت القدوم، لم ينعقد، كنذر صوم بعض اليوم، وبل أولى، لأنه نذر صوم يوم في بعض اليوم وهو مستحيل.

ومنها: لو نذر أن يعتكف اليوم الذي يقدم فيه فلان، فقدم نصف النهار.

فإن قلنا: بالأول اعتكف باقي اليوم، وقضى ما مضى. قال: الصيدلاني رحمه الله: أو يعتكف يوماً مكانه، وقضيته، تعين الزمان للاعتكاف، أن يتعين الأول، والظاهر التعين. وإن قلنا بالثاني اعتكف باقي اليوم، ولم يلزمه شيء آخر[٧].

ومنها: إذا قال: لعبده أنت حر اليوم الذي يقدم فلان، فباعه ضحوة يوم، ثم قدم فلان في بقية اليوم.

فإن قلنا: بالأول، بان بطلان البيع وحرية العبد، وبه قال ابن الحداد - رحمه الله-.

---

(١) في: ب، ز "يلزمه".
(٢) "جزاء" ليست في: أ.
(٣) "عن" ليست في: أ، ب، ظ.
(٤) في: أ "منه".
(٥) في: ز "مدء".
(٦) في: ز "أصلهما".
(٧) انظر: المجموع ٨/٤٨٥، ومغني المحتاج ٤/٣٦٢.

وإن قلنا: بالثاني، فالبيع صحيح، ولا حرية، وهذا إذا كان قدوم فلان بعد تفريقهما عن المجلس ولزوم العقد.

أما إذا قدم قبل التفرق، أو في زمان الخيار المشروط، فيحصل العتق على الوجهين، لأنه إذا وجدت الصفة المعلق عليها، والخيار ثابت للبائع، يحصل العتق[١].

ولو مات السيد ضحوة، ثم قدم فلان، لم يُوَرَّث عنه على الوجه الأول، ويُورَّث على الثاني.

ولو أعتقه عن كفارته، ثم قدم، لم يجزه على الأول، ويجزيه على الثاني.

ومنها: إذا قال لزوجته أنت طالق، يوم يقدم فلان / فماتت، أومات الزوج في بعض الأيام، وقدم فلان في بقية ذلك اليوم. (٤٢٨/ز)

فإن قلنا: بالأول بان الموت بعد الطلاق فلا توارث بينهما، إن كان الطلاق بائناً.

وإن قلنا بالثاني[٢]، فلا يقع الطلاق، كما لو قال: إذا قدم فلان، فأنت طالق، فمات أحدهما، قبل قدومه[٣]. ولو خالعها في صدر النهار، وقدم فلان، في آخره، فعلى الأول يتبين بطلان الخلع، إن كان الطلاق بائناً، وعلى الثاني: يصح الخلع، ولا يقع الطلاق.

الحالة الثانية:

إذا قدم فلان، والناذر صائم عن واجب من قضاء، أو نذر آخر، فيتم ماهو فيه، ويصوم لهذا النذر يوماً آخر. واستحب الشافعي - رضي الله عنه - أن يعيد صوم الواجب الذي هو فيه، لأنه بان أنه صام يوماً مستحق الصوم، لكونه يوم قدوم زيد[٤].

---

(١) انظر: الروضة ٣/٣١٥، ومغني المحتاج ٤/٣٦٢.

(٢) في: أ "ثانياً".

(٣) أي: لا يقع الطلاق المعلق. انظر: المجموع ٨/٤٨٥.

(٤) انظر: الأم ٢/٢٥٩.

قال: في "التهذيب" وفي هذا دليل على أنه إذا نذر صوم يوم بعينه، ثم صامه عن نذر آخر، أو قضاء، أنه ينعقد، ويقضى نذر هذا اليوم[١].

الثالثة: إذا قدم وهو صائم، صوم تطوع، أو غير صائم، لكنه لم يأكل شيئاً.

قال: في "التهذيب". وكان ذلك قبل الزوال، فيُبنى على أنه يلزمه الصوم من أول اليوم، أو من وقت القدوم، فإن قلنا بالأول، فيلزمه صوم يوم آخر، ويستحب أن يمسك[٢] بقية النهار[٣]. وإن قلنا بالثاني. ففي "التتمة": أنه يُبنى على أنه، هل يجوز أن ينذر صوم بعض اليوم؟ إن قلنا يجوز فينوي إذا قدم، ويكفيه ذلك.

ويستحب أن يعيد يوماً كاملاً للخروج من الخلاف[٤].

وإن قلنا: لايجوز فلا شيء عليه.

ويستحب أن يقضي، وفي "التهذيب" أنا إذا قلنا: يلزم الصوم من وقت القدوم، فهاهنا وجهان:

أصحهما[٥]: أنه يلزمه صوم يوم آخر والثاني: عليه إتمام ماهو فيه، ويكون أوله تطوعاً وآخره فرضاً، كمن شرع في صوم تطوع، ثم نذر إتمامه، يلزمه الإتمام.

هذا إذا كان صائماً عن تطوع. وإن لم يكن صائماً، فينوي ويصوم بقية النهار إن كان قبل الزوال[٦].

ولو تبين للناذر أن فلاناً يقدم غداً فينوي الصوم من الليل ففي إجزائه عن النذر وجهان.

أحدهما: وينسب إلى القفال: أنه لايجزئه، لأنه لا يمكنه الجزم به.

---

(١) انظر: التهذيب ٩/ لوحة. فصل إذا نذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، بدون رقم.
(٢) من قوله: "أنه يلزمه ... أن يمسك" ليس في: أ.
(٣) التهذيب ٩/ لوحة. فصل: إذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان.
(٤) "من الخلاف. وإن قلنا: لايجوز" ليس في: أ.
(٥) انظر: المجموع ٨/٤٨٦.
(٦) التهذيب، ٨/١٦٣.

فإن الإخبار قد يتطرق إليه خللٌ، وإن لم يتطرق، فقد يعرض مانع من القدوم، والتردد يمنع صحة النية.

وأظهرهما:وهو الذي أورده الأكثر الإجزاء[١]، لأنه بنى النية على أصل مظنون، والتجويز الباقي بعد الظن المتأكد، لايمنع صحة النية على ما بيّنا في كتاب الصوم[٢].

وخصَّص صاحب "التتمة" الوجهين بما إذا قلنا: إنه يلزم الصوم من أول اليوم.

وذكرنا[٣] أنا إذا قلنا، باللزوم من وقت القدوم، فلا يجزيء الصوم بنية من الليل، لأن سبب الوجوب، لم يوجد في أول النهار، حتى ينوي إيقاع الصوم فيه عن الواجب.

فرعٌ : لو قدم فلان يوم العيد أو في رمضان، فهو كما لو قدم ليلاً.[٤] والله أعلم.

(قال [الغزالي]: "ولو نذر صوم الأثانين، أو يوم يقدم فلان أبداً، فقدم يوم الإثنين، لزمه الأثانين، لأن الصحيح أن الوقت[٥] متعين في الصوم، ولا يجب قضاء الأثانين الواقعة في رمضان، إلا الاثنين الخامس، فإن ذلك قد يقع، وقد لايقع، ففي قضائه خلاف.

وكذا[٦] إذا وافق الاثنين يوم عيد، أو يوم حيض أو مرض، ففي القضاء خلاف.

فإن كانت تحيض عشراً فلابد من وقوع بعض الأثانين في الحيض فالأظهر: أنه لايجب قضاء ذلك.

---

(١) انظر: المجموع ٨/٤٨٦، ومغني المحتاج ٤/٣٦٢.

(٢) انظر: الوجيز ١/١٠١، وفتح العزيز مع المجموع ٦/٣٤٢.

(٣) في: ز "ذكرنا".

(٤) يعني لاشيء عليه. انظر: مغني المحتاج ٤/٣٦١.

(٥) في: أ "الصوم".

(٦) في: ز "وكذالك".

وكذا الخلاف فيما يفوته بسبب صوم شهرين متتابعين، لزمه[١] كفارة. والأظهر: أنها إن لزمت قبل النذر، فلا تُقْضَى كأيام رمضان").

[إذا نذر صوم يوم الأثانين، أو يوم يقدم فلان أبداً]

[قال الرافعي]: إذا نذر صوم يوم[٢] الإثنين أبداً لزمه الوفاء به تفريعاً على الأصح، وهو أن الوقت[٣] المعين للصوم، يتعين[٤]، ولو نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، أبداً فقدم يوم الاثنين، ففي انعقاد النذر لذلك اليوم الخلاف الذي سبق[٥].

وفي سائر الأثانين يلزمه الصوم، كما لو نذر صوم الأثانين. ولايجب قضاء الأثانين الواقعة في رمضان، لأن وجوب صوم رمضان سابق على النذر، فلا ينعقد عليها النذر. نعم لو وقع فيه خمسة أثانين ففي قضاء الاثنين الخامس وجهان، أو قولان، كالقولين فيما إذا وقع العيد في يوم الإثنين، لأن الخامس قد يتفق، وقد لا يتفق.

كما أن العيد قد يقع في يوم الإثنين، وقد لايقع، والأربعة، لابد منها.

وإذا وقع عيد في يوم الإثنين ففي قضائه قولان:

أصحهما: وهو اختيار المزني[٦]، وأبي إسحاق رحمهما الله. أنه لا يجب كالأثانين الواقعة[٧] في رمضان لأن هذا متعين للإفطار، كما أنه متعين لصوم رمضان[٨].

والثاني: يجب، لأن ذلك قد يتفق، وقد لايتفق، فيتناوله النذر، بخلاف أثانين رمضان، وبخلاف ما إذا نذر، صوم سنة معينة.

---

(١) في: ب، ظ "لزمته في كفارة". وفي: ز "لزمه في كفارة".
(٢) "يوم" ليست في ز.
(٣) "الوقت" ليست في: ز.
(٤) انظر: المجموع ٨/٤٧٩.
(٥) انظر: ص١٨٦ . والصحيح ينعقد نذره. انظر: الروضة ٣/٣١٤، ومغني المحتاج ٤/٣٦.
(٦) انظر: المختصر، ص ٢٩٨.
(٧) "الواقعة" ليست في: أ، ب ، ظ.
(٨) انظر: المجموع ٨/٤٨٢، والروضة ٣/٣١٦، ومغني المحتاج ٤/٣٦٠.

حيث قلنا: لايقضي[1] العيدين، لأن وقوعهما في السنة لازم، ووقوع العيد في يوم الاثنين ليس بلازم.

وحكم أيام التشريق، بناء على الصحيح، وهو أنّه لاصوم فيها، حكم العيدين.

ولو صدر هذا النذر من إمرأة، وأفطرت بعض الأثانين بعذر الحيض، والنفاس، ففي القضاء، طريقان، قال: الأكثرون فيه قولان أيضاً، كما في العيدين[2]، ومن هؤلاء: القاضيان - أبوالطيب، وابن كج، والإمام، وصاحب "التتمة".

وقطع آخرون بالوجوب؛ لأن النذر يسلك به مسلك واجب الشرع، وواجب الشرع إذا فات بالحيض، والنفاس، يُقضى، ثم في "تعليق أبي حامد"، وغيره: ترجيح وجوب القضاء هاهنا، والمفهوم من إيراد من طرد القولين هاهنا ترجيح المنع، وإليه ذهب ابن الصباغ، وهذا كما مرّ فيما إذا نذر صوم سنة معينة/ ثم (٤٢٩/ز) طريقان، فيما إذا لم يكن لها عادة غالبة، فإن كانت، ففي القضاء فيما[3] يقع في عادتها أظهر، وربما قُطِعَ به، لأنها لا[4] تقصد صوم اليوم الذي يقع في عادتها غالباً في مفتتح الأمر.

وقيل: بخلافه، لأن العادة قد تختلف بالزيادة، والنقصان، وأما ما يختلف فقد يقع في عادتها، وقد لايقع، فهو على الخلاف فيما إذا لم تكن لها عادة.

مثاله:

إذا كانت عادتها أن تحيض عشرة أيام، فلابد وأن يقع فيه يوم اثنين، ويجوز أن يتكرر[5] مرتين ففي الثاني الخلاف. ولو أفطر الناذر بعض الأثانين بعذر المرض، فالمشهور وجوب القضاء.

---

(١) في: أ "يقتضي".
(٢) في: أ، ظ "العيد".
(٣) "فيما" ليست في: أ.
(٤) في: ز "لم".
(٥) في: ب "يكرر".

وفي إيراد مُوْرِدِين، ما يقتضي القطع به، وجعله صاحب الكتاب والقاضي ابن كج على الخلاف المذكور فيه[١]، إذا[٢] نذر صوم سنة معينة، ويشبه أن يرجح وجوب القضاء فيه في المسألتين جميعاً[٣].

ويجوز أن يُعْلَمَ لها[٤] لفظ الخلاف من قوله في الكتاب "ففي القضاء خلاف"، بالواو، ولو لزمه صومُ شهرين متتابعين عن كفارة، فيقدِّم صوم الكفارة على صوم الأثانين سواء[٥] تقدم وجوب الكفارة أو تأخر، لأنه يمكن قضاء الأثانين.

ولو عكس لم يتمكن من صوم الكفارة، لفوات التتابع بتخلل الأثانين، ثم إن لزمت الكفارة بعد مانذر صوم الأثانين، فيقضي الأثانين الواقعة في الشهرين، لأنه أدخل على نفسه صوم الشهرين بعد ذلك النذر، وإن لزمت الكفارة قبله فوجهان، ويقال: قولان.

أحدهما: أنه لايقضيها، كما لايقضي الأثانين الواقعة في رمضان، لتقدم وجوبها على النذر.

والثاني: يجب القضاء، لأن الوقت غير متعين لصوم الكفارة.

ولو صام، في الشهرين أثانينهما[٦] لوقعت عن نذوره، فإذا تركه قضى بخلاف أثانين رمضان.

وهذا أظهر عند صاحب "التهذيب"[٧]، وطائفة من العراقيين.

ويُحْكَى عن رواية الربيع. والأول أظهر عند الإمام[٨]، وصاحب الكتاب، والقاضيين، أبي الطيب وابن كج[٩].

---

(١) "فيه" ليست في: أ.

(٢) في: أ "فإذا".

(٣) انظر: الروضة ٣/٣١٧.

(٤) في: ز "لما بينا".

(٥) في: ب "فسواء".

(٦) في: أ "أثانينها".

(٧) انظر: التهذيب ٨/١٦٤.

(٨) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧/ لوحة ١٠٠.

ولو نذر أن يصوم شهراً متتابعاً، أو شهرين، أو أسبوعاً، ثم نذر صوم الأثانين، فإن لم يعين الشهر، أو الشهرين، فهو كما إذا لزمته الكفارة، ثم نذر الأثانين.

وإن عين ففي "التتمة": أنه يبنى على أنه إذا عيَّن وقتاً للصوم، هل يجوز أن يصوم فيه عن قضاءٍ، أو نذر آخر؟. وقد سبق فيه الخلاف[١]، فإن[٢] قلنا: يجوز فهو كما لو لم[٣] يعين.

وإن قلنا: لايجوز فحكم ذلك الشهر حكم رمضان.

وهذا مارواه صاحب "التهذيب"، وقال أيضاً: إذا صادف نذَرَان زمناً معيناً، فيحتمل أن يقال: لاينعقد النذر الثاني، وطُرِدَ هذا الاحتمال فيما إذا قال: إن قدم زيد فللَّه عليَّ أن أصوم اليوم التالي لقدومه، وإن قدم عمرو، فلله عليَّ أن أصوم أول خميس بعد قدومه، فقدما معاً يوم الأربعاء.

ونُقِلَ: أنه يصوم عن أول نذر نذره، ويقضي يوماً للنذر الثاني. وفي "تعليق الشيخ أبي حامد" وغيره. أنه لو نذر أن يصوم أول خميس بعد[٤] شفاء مريضه، ونذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، فشفي المريض، وأصبح الناذر، في أول الخميس صائماً، فقدم فيه فلان، يقع صومه عما نواه والنذر الآخر[٥].

إن قلنا: إنه لاينعقد فلاشئ[٦] عليه.

وإن قلنا: ينعقد فيقضي عنه يوماً آخر.

وقوله في "الكتاب". "وكذا الخلاف فيما يفوته بسبب صوم شهرين متتابعين، لزمه في كفارة إلى آخره"، قد يشعر ظاهره بإثبات الخلاف في قضاء الأثـانين الفائتة،

---

(٩) وهذا القول. قد صححه النووي رحمه الله، انظر: الروضة ٣/٣١٧.

(١) انظر: العزيز ١٢/٣٦٨.

(٢) في: ز "وأن".

(٣) "لم" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: أ "صائماً" وهو خطأ.

(٥) في: أ "الآخر".

(٦) في: ب "ولا شيء".

بهذا السبب على الإطلاق، وبأن الأظهر: الفرق بين أن يلزم[١] الكفارة، قبل النذر، فلا يجب القضاء، أو بعده، فيجب، ولا يمكن حمله عليه، لأنه لا خلاف في أنه[٢] يقضي إذا لزمت الكفارة بعد النذر وكأنه[٣] أراد أن[٤] الخلاف فيما يفوته بسبب صوم الشهرين، حيث وقع الخلاف، يشبه الخلاف في الصور التي قدمها على هذه الصورة.

ثم قوله: "والأظهر إلى آخره".

فيه بيان الراجح من الخلاف مع التنصيص على موضعه، ولو قال: وكذا فيما يفوته بصوم شهرين متتابعين، لزمه في كفارة قبل النذر خلاف.

والأظهر: أنه لا يقضي ليسلم[٥] عن الاتهام المذكور[٦].

(وقال [الغزالي]: "ولو نذر صوم الدهر، لزمه، ولا شيء عليه لأيام العيد، والحيض، ورمضان، وله الفطر بالمرض والسفر[٧]، ولا[٨] يمكن القضاء، ولو أفطر عمداً[٩]، فعليه الفداء[١٠]، مُدٌّ. إذ القضاء غير ممكن، والدهر مستغرق، ولو نذر صوم يوم العيد[١١] لغا نذره، وفي يوم الشك، ونذر الصلاة في الأوقات المكروهة وجهان").

[فيما إذا نذر صوم الدهر]

[قال الرافعي] فيه[١٢] مسألتان: إحداهما: إذا نذر صوم الدهر انعقد نذره. المسألة الأولى: إذا نذر صوم الدهر

---

(١) في: أ "يلزمه".
(٢) في: أ، ز، ط "أنها".
(٣) في: أ فكأنه.
(٤) "أن" ليست في: ب، ظ.
(٥) في: أ "أسلم".
(٦) في: ز "وكان أقصر".
(٧) في: ز "بالسفر والمرض".
(٨) في: أ "فلا".
(٩) "عمداً" ليست في: ز.
(١٠) "الفداء" ليست في: أ، ب، ظ.
(١١) في: ز "صوم عيد"
(١٢) "فيه" ليست في: أ.

قال[1]: "أبوسعد المتولي" رحمه الله: لأن الصوم عبادة، وليس في صوم الدهر كراهية.

وقد ذكرنا في آخر كتاب الصوم[2]، أنَّ من الأصحاب من أطلق القول: بأنه مكروه، ولا يبعد أن يتوقف على ذلك التقدير، في صحة هذا النذر، لأن النذر تقرُّبٌ، والمكروه لايتقرَّب به، والمذهب انعقاده[3].

ثم قد ذكرنا هناك: أنه يستثنى عن هذا النذر العيدان، وكذلك[4] أيام التشريق، ولو كان عليه قضاء رمضان، فالقضاء أيضاً يقع مستثنى، وكذا لو كان عليه كفارة عند النذر، وإن لزمت الكفارة بعد النذر، فقد أطلقنا هناك. أنه يصوم عن الكفارة، ويفدي عن النذر[5].

وزاد صاحب "التتمة" رحمه الله، فقال: يبنى ذلك على أن المنذور يسلك به مسلك واجب الشرع، أو مسلك الجائز[6]؟.

إن قلنا بالأول: فلا يصوم عن الكفارة، ويصير كالعاجز عن جميع الخصال.

وإن قلنا:بالثاني فيصوم عن الكفارة. ثم إن لزمته الكفارة بسبب هو مختار فيه، فعليه الفدية، لأنه تارك لصوم النذر، بما فعل، وإلا فإن قتل خطأً فلا فدية عليه، بل هو كمن أفطر بعذرٍ.

ولو أفطر هذا الناذر في رمضان بعذر، أو غير[7] عذر[8]، فعليه القضاء، ويقدمه على النذر، كما يقدم الأداء، وكما يقدم قضاء الحج على الحجة المنذورة، ثم إن أفطر بعذر، فلا فدية عليه، وإن كان متعدياً لزمته الفدية، لأنه فوَّتَ صوم النذر

---

(١) في: ز "وقال".

(٢) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٤٧٣/٦، باب صوم التطوع.

(٣) انظر: المجموع ٤٨٤/٨، ومغني المحتاج ٤٤٨/١.

(٤) في: ب "كذا".

(٥) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٤٧٣/٦.

(٦) في: ب، ظ "الجائزات".

(٧) في: ز "بغير".

(٨) في: أ "عذر فلا فدية" وهي زائدة، والله أعلم.

بعدوانه. ولو أفطر يوماً، من الدهر، فلا سبيل إلى القضاء، لاستغراق[١] أيام العمر بالأداء. ثم ينظر: إن أفطر بعذر مرضٍ، أو سفر فلا فدية عليه؛ لأن من أفطر في رمضان بعذر، لافدية عليه، ففي القضاء أولى.

وإن أفطر عمداً بلا سبب فعليه الفدية، لتقصيره، كمن أفطر في رمضان متعدياً، ومات قبل التمكن من القضاء.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب فعليه "مدٌّ" بالواو[٢]. لأن الإمام قال: "الصوم المنذور، يقابل بالفدية التي يقابل بها صوم رمضان، على المذهب الظاهر"[٣]. فَأَشْعَرَ بالخلاف فيه.

ثم أفاد الإمام هاهنا شيئين:

أحدهما: أنه[٤]: لو نوى في بعض الأيام قضاء يوم أفطر فيه متعدياً، فالوجه: أن يصح، وإن كان الواجب غير مافعل، ثم يلزمه المدُّ لما ترك من الأداء في ذلك اليوم، ولك أن تقول: أيجي[٥] في الصحة الخلاف المذكور فيما إذا عين وقتاً للصوم بنذره، هل[٦] ينعقد فيه صوم آخر، لأن أيام العمر قد عينّها بنذره للصوم[٧]؟.

والثاني: قال[٨]: هل يجوز أن يصوم عن المفطر المتعدي وليُّه في حياته، تفريعاً على أنه يصوم عن الميت وليُّه؟

الظاهر: عندنا جوازه لتعذر القضاء منه[٩].

وفيه احتمال من جهة أنه قد يطرأ عذرٌ يجوز ترك الصوم له، ويتصور تكلف

---

(١) في: ز "لاستغراقه".
(٢) "بالواو" ليست في: ز.
(٣) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧/ لوحة ١٠٠ - أ.
(٤) في: أ، ز "قال".
(٥) في: ز "ليجي".
(٦) "هل" ليست في: أ، ب، ظ.
(٧) انظر: الروضة ٣/٣١٦، ومغني المحتاج ٤/٣٦٥، وفتح العزيز ص ١٨٠.
(٨) "قال" ليست في: أ.
(٩) انظر: نهاية المطلب في دراية الحديث ٢٥، ٢٦، ٢٧/ لوحة ١٠٠ - أ.

القضاء فيه، وقد يستفاد مما ذكره: أنه إذا سافر قضى ما أفطر فيه متعدياً، وينساق النظر، إلى أنه هل يلزمه أن يسافر ليقضي؟.

الثانية: نذر صوم يوم العيد:

المسألة الثانية: إذا نذر صوم يوم العيد، ويوم الشك وأيام التشريق

لاينعقد، لأنه منهي عن صومه، فأشبه ما إذا نذرت المرأة، صوم يوم الحيض. وقال أبوحنيفة رحمه الله: ينعقد نذره، ويصوم يوماً آخر مكانه[(١)].

وربما يروى: أنه لو صامه خرج عن نذره.

ولو نذر صوم أيام التشريق لم ينعقد على المذهب أيضاً.

وإذا فرَّعنا على القديم، وهو: أنَّه يجوز للمتمتع صومها، وجوَّزنا على أحد الوجهين لغير المتمتع صومها ففي "التتمة" أن في انعقاد النذر، وجهين، كنذر الصلاة في أوقات الكراهة[(٢)].

ولو نذر صوم يوم الشك، أو الصلاة في الأوقات المكروهة، ففي انعقاده وجهان مبنيان على الوجهين في صحة الصوم فيه، والصلاة فيها، والأظهر المنع[(٣)]. وقد ذكرنا نذر يوم الشك في الصوم، والصورة الأخرى في الصلاة[(٤)]. والله أعلم.

(قال [الغزالي]: "النوع الثاني: الحج، فإذا نذر الحج[(٥)] ماشياً وقلنا: إن[(٦)] المشي أفضل لزمه.

ولو نذر أن يمشي من دويرة أهله. قَبْلَ الإحرام، ففي لزومه وجهان.

فإن قلنا: يلزم المشي، قبل الإحرام، فإن أطلق حمل على المشي من الميقات، أو من دويرة أهله؟ فيه وجهان. وله الركوب بعد أحد التحلُّلين على الأظهر، ولو فاته الحج، أو فسد لزمه لقاء البيت.

وفي جواز الركوب وجهان: ثم يلزم قضاء الحجة المنذورة.

---

(١) انظر: الهداية ١٣١/١.

(٢) في: ز "الأوقات المكروهة".

(٣) انظر: المجموع ٤٨٦/٨.

(٤) انظر: ص ١٩٥.

(٥) في: ز "أن يحج".

(٦) في: ز "سقطت إن".

ولو ترك المشي بعذر، وقع الحج عن نذره. وإن تَرَك بغير عُذْرٍ فقولان، فإن قلنا: وقع ففي لزوم دمٍ[١] شاة للجيران وجهان. وقيل إن ترك[٢] بعذر أيضاً، يلزمه[٣] الجبران، ولو ركب[٤] بعض الطريق، ومشي في بعض، فالنص أنه إذا عاد للقضاء، ركب حيث مشى، ومشى حيث ركب، وقيل يلزمه المشي في الجميع).

[الفصل الثاني: في نذر الحج والعمرة]

إذا نذر الحج والعمرة ماشيا فهل يلزمه المشي

[قال الرافعي] لايخفى أن الحج والعمرة، يلزمان بالنذر، وإذا نذر أن يحج ماشياً، ويعتمر ماشياً، فهل يلزمه المشي، أم له أن يحج، أو يعتمر راكباً؟ فيه قولان: أصحهما: الأول. وهو الذي فرّع عليه الشافعي رضي الله عنه واشتهر من "نصه"[٥].

وهما مبنيان على أن الحج راكباً أفضل، أو ماشياً؟ فيه قولان:

أحدهما: أن الركوب أفضل، لأن النبي ﷺ حج راكباً[٦] وأيضاً ففيه تحمُّل زيادة[٧] مؤنة، وانفاق في سبيل الله عز وجل.

وأصحهما: أن المشي أفضل، لأن التعب فيه أكثر[٨].

وقد اشتهر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضي الله عنها: "أجرك على قدر نصَبِك"[٩]

---

(١) في: ز "ذبح".

(٢) في: ز "أيضاً بغير".

(٣) في: ز "يجب".

(٤) في: ز "ترك".

(٥) انظر: الأم ٢٥٦/٢.

(٦) الحديث أخرجه البخاري، باب الحج على الرحل، من كتاب الحج ١٤٠/٢، وانظر: تلخيص الحبير ١٧٧/٤.

(٧) في: ز "زيادة تحمل".

(٨) انظر: المجموع ٤٨٩/٨، ومغني المحتاج ٣٦٣/٤.

(٩) الحديث أخرجه: البخاري في صحيحه، باب أجر العمرة على قدر النصب، من كتاب الحج ٢٠١/٢.

وأخرجه مسلم في صحيحه، باب قضاء الحائض العمرة من كتاب الحج، مختصر صحيح مسلم، للحافظ المنذري، تحقيق الألباني، منشورات لجنة إحياء السنة، القاهرة، ص ١٩٩.

وحكى "الصيدلاني" بدل القول الأول أنهما سواء.

وقد توجه ذلك بتعارض المعنيين، وعن "ابن سريح" التسوية بين المشي والركوب، مالم يُحرِمْ، فإذا أحرم، فالمشي أفضل.

وقال المصنف في "الإحياء"[١]، وينبغي أن يفصل، ويقال: من سَهُلَ عليه المشي، فالمشي في حقه أفضل، ومن ضعف عنه، وساء خلقه لو مشى[٢]، فالركوب في حقه أفضل، كما أن الصوم للمسافر، والمريض، مما لم يؤدِّ إلى ضعف وسوء خلق أفضل". فإن قلنا: إن الركوب أفضل، أو سوينا بينهما فلا يلزمه المشي بالتعرض للمشي، وإن قلنا: إن المشي أفضل، لزمه ذلك ، لأنه التزم في العبادة الملتزمة زيادة فضيلة، فصار كما إذا نذر الصوم متتابعاً[٣].

واعلم أنا ذكرنا في الحج أن الوقوف بعرفة راكباً أفضل من الوقوف راجلاً على أظهر القولين.

وهاهنا نجعل الحج ماشياً، أفضل، و[٤]الوقوف أعظم أركانه مكاناً[٥].

يريد بهذا حالة السير والحركة، وبذاك حالة اللبث والسكون.

[مسائل تتفرع على لزوم المشي]

ثم يتفرع[٦] على قول لزوم المشي مسائلُ.

المسألة الأولى: في بداية المشي.

إحداها: في بداية[٧] المشي، وهو[٨] مصدره، بأنه لو صرحّ بالتزام المشي من دويرة أهله إلى الفراغ من الحج، هل يلزمه المشي، قبل الإحرام؟ وفيه وجهان.

---

(١) أي: إحياء علوم الدين ٣١١/١، طبعة جديدة، دار الكتب العلمية، بيروت.
(٢) "لو مشى" ليست في" أ.
(٣) انظر: المجموع ٤٨٩/٨، والروضة ٣١٩/٣، ومغني المحتاج ٣٦٣/٤.
(٤) في: ب "فالوقوف".
(٥) في: ز "فكانا زيد".
(٦) في: أ "متفرع".
(٧) "في" ليست في: أ.
(٨) في: ز "وهي".

أحدهما: لا، لأن المشي قبل الإحرام لا قربة فيه. وأقربهما[١] نعم، لأن الأجر على قدر النَّصَبِ، والمشي إلى العبادة قربة، وأيضاً فسنذكر: أن الأظهر فيما إذا قال: أمشي إلى بيت الله الحرام[٢] أنه يلزمه المشي من دويرة أهله، فكذلك إذا قال: أحجُّ ماشياً، من دويرة أهلي.

قال الإمام[٣] وللصورة التفات إلى أن الأجير على الحج إذا مات في الطريق قبل الإحرام / هل يستحق شيئاً من الأجرة؟[٤] (٤٣١/ز)

فإن قلنا: لا يلزمه المشي من دويرة أهله مع التصريح به فإذا أطلق، فأولى أن لايلزم.

وإن قلنا: يلزم هناك، فإذا أطلق، وقال: أحج ماشياً فوجهان. أحدهما: أنه يلزمه المشي من دويرة أهله للعادة[٥]، فإن من قال: حججت ماشياً فهم منه المشي، في جميع الطريق. وأصحهما: أنه يلزمه[٦] من وقت الإحرام، سواءً أحرم من الميقات، أو قبله، لأنه التزم المشي في الحج، وابتداء الحج من وقت الإحرام، وقطع بهذا قاطعون[٧].

ورَدُّوا الخلاف إلى ما إذا نذر المشي إلى مكة، أو إلى بيت الله تعالى وسيأتي القول فيه إن شاء الله[٨]. وأثبت في "التتمة"[٩] الوجهين، وبناهما على أنه من أين يلزمه الإحرام؟ فعن أبي إسحاق المروزي، وجماعة[١٠] أنه يلزمه الإحرام من دويرة أهله، لأن ذلك من تمام الحج.

---

(١) انظر: الروضة ٣/٣٢٠، ومغني المحتاج ٤/٣٦٣.
(٢) "الحرام" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) "قال الإمام" ليست في: ز.
(٤) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٥، ٢٦، ٢٧/ لوحة٩، ٩٢.
(٥) في: أ "للعبادة".
(٦) في: ب، ز، ظ "يلزم".
(٧) انظرك المجموع ٨/٤٨٩.
(٨) "وسيأتي ... إن شاء الله" ليست في: أ.
(٩) "التتمة" ليست في: أ.
(١٠) "وجماعة" ليست في أ، ب، ظ.

وعن غيره: أنه لا[١] يلزمه[٢] إلا من الميقات كما في الواجب الشرعي.

فعلى الأول: يمشي، من دويرة أهله. وعلى الثاني: من الميقات، لأن المشي قبل الميقات، لا قربة فيه. وقياس هذه الطريقة أن يقال: إذا صرح بالتزام المشي من دويرة أهله يلزمه الإحرام منها على الوجه الأول.

ولو قال: أمشي حاجاً فالظاهر أنَّه كقوله أحج ماشياً.

وقضية كل واحد[٣] من اللفظين، اقتران الحج والمشي. وفيه وجه: أن قوله، "أمشي حاجاً" يقتضي أن يمشي من مخرجه، وانتهاضه إلى الحج.

المسألة الثانية في نهاية المشي

الثانية: في نهاية المشي، وفيها وجهان، حكاهما الإمام.

أحدهما: أنه يمشي إلى أن يتحلل التحلل[٤] الثاني[٥]؛ لأنه في أعمال الحج مابقيت عُلْقَةُ الإحرام[٦]، ثم له الركوب، وإن بقي عليه الرمي في أيام منى، لأنها خارجة من الحج خروج السلام الثاني من الصلاة.

والثاني: أن له الركوب بعد التحلل الأول؛ لأن اسم الحج[٧] على الإطلاق يزول حنيئذٍ، وتتخفف تكاليف النسك، والأول هو المنصوص، والذي أورده الجمهور. وجعل صاحب الكتاب الثاني: أظهر، وحكاه القاضي الروياني عن "المجموع" وعده غلطاً، هذا في الحج.

أما العمرة فليس لها إلا تحلل واحد فيمشي إلى أن يتحلل، والقياس. أنه إذا كان يتردد في خلال أعمال النسك لغرض تجارة، فله أن يركب، ولم يذكروه.

المسألة الثالثة: لو فاته الحج.

الثالثة: لو فاته الحج، لزمه القضاء ماشياً. ثم من المعلوم أن من فاته الحج يحتاج

---

(١) "لا" ليست في: أ.
(٢) في: ظ "يلزم".
(٣) في" أ "واحدة".
(٤) "التحلل" ليست في: أ.
(٥) انظر: الأم ٢/٢٥٦، والروضة ٣/٣٢٠.
(٦) انظر: نهاية المطلب في رواية المذهب ٢٧/لوحة ٩٢.
(٧) في: ز "الحاج".

إلى لقاء البيت،ويتحلل بأعمال العمرة، فهل يلزمه المشي في تلك الأعمال؟ فيه قولان: أحدهما، وهو المنصوص في "الأم"[١] "نعم"؛ لأن هذه الأعمال لزمته بالإحرام ماشياً، ومبنى الحج على إتمام ما وقع الشروع فيه بصفاته، وهذا أصح عند القاضيين الطبري، والروياني.

والثاني: لا، لأنه[٢] خرج بالفوات عن أن يكون حجة المنذور، ولذلك وجب القضاء. وإذا خرج عن أن يكون منذوراً وجب أن لايلزم فيه المشي، وهذا أظهر عند الشيخين، أبي حامد والقفال، والصيدلاني، والإمام وغيرهم. ولو فسد الحج بعد الشروع فيه، فهل يجب المشي في المضي في الفاسد؟

فيه مثل هذا الخلاف. وإطلاق[٣] صاحب الكتاب الوجهين في المسألة اتباعٌ للإمام، وهي مشهورة بالقولين. وقوله "ثم يلزم قضاء الحجة المنذورة"، أيّ ماشياً. أما أصل القضاء فهو واضح من أن يحتاج إلى ذكره.

المسألة الرابعة: لو ترك المشي بعذر.

الرابعة: ولو ترك المشي بعذر، بأن عجز عنه، فحج راكباً، وقع حجه عن النذر، وهل عليه[٤] جبر المشي الفائت بإراقة دم؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، كما لو نذر أن يصلي قائماً، فعجز فصلى قاعداً، لاشيء عليه.

وأصحهما:على ماذكر الإمام[٥]، وصاحب "التهذيب"[٦]: نعم، لما روى أن أخت[٧] عقبة بن عامر[٨] نذرت أن تحج ماشية، فسُئِلَ النبي ﷺ فقيل: إنها لاتطيق

---

(١) انظر: ٢/٢٥٦.

(٢) وهو أظهرهما عند الأكثرين. انظر: المجموع ٨/ ٤٩٠، والروضة ٣/٣٢٠.

(٣) في: ز "وأطلق".

(٤) في: ز "يحتاج عليه".

(٥) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧ لوحة ٩٢ - أ.

(٦) انظر: التهذيب ٨/١٥٤.

(٧) "أخت عقبة بن عامر" قيل: إنها هي أم حِبان بكسر الحاء وبعدها باء موحدة، أسلمت، وبايعت. انظر: تلخيص الحبير ٣/٣٧٨، ومختصر سنن أبي داود للمنذري ٤/٣٧٨، شرح عمدة الأحكام ٤/١٥٨.

(٨) عقبة بن عامر الجهني، صحابي مشهور، اختلف في كنيته على سبعة أقوال، أشهرها أبوحماد، ولي إمرة مصر، لمعاوية ثلاث سنين، وكان فقيهاً فاضلاً، مات سنة ٦٠هـ تقريباً. انظر: تهذيب التهذيب ٧/٢١٦. والتقريب ٢/٢٨.

ذلك، فقال: "لتركب ولتهد بدنه". ويروى "ولتهد هدياً"[١]. وليس كالصلاة، فإنه لا مدخل للجبر فيها بالمال وعلى هذا فما الذي يلزم؟.

المشهور: أنه يلزمه دم شاة[٢] ، وهو المذكور في "الكتاب" لقوله: "ولتهد هدياً" ومطلق الهدى، يحمل على شاة، ولأنه تَرفّه بترك المشي، فأشبه ما إذا ترفّه باللبس، والتطيب وحكى في "التتمة" قولاً: آخر أن عليه بدنه، لما رويِ في بعض الروايات في حديث، أخت عقبة، "ولتهد بدنه" وإن ترك المشي مع القدرة، فحج راكباً، فقد أساء، ثم فيه قولان: أحدهما: وينسب إلى القديم: أنه لاتُبْرأُ ذمته بل عليه القضاء، لأنه التزم العبادة على صفة، وما أتى بها على تلك الصفة، مع القدرة، وذكِر على هذا مأخذان:

أظهرهما: أن ما أتي به من الحج لم يقع عن نذره، لأن المنذور، الحج ماشياً.

والثاني: أن[٣] أصل الحج، وقع عنه، إلا أنه بقي المشي واجباً عليه، والمشي[٤] لايمكن تداركه مفرداً، فألزم حجة أخرى، ليتدارك فيها المشي وعلى هذا ينطبق ماحكى عن نص[٥] الشافعي – رضي الله عنه –. أنه لو كان قد ركب في بعض الطريق، ومشى في بعض، فإذا عاد للقضاء مشي حيث ركب، وركب حيث مشي، وعلى المأخذ الأول يلزمه المشي في القضاء كله.

والقول الثاني: وهو الأصح[٦]، أنه تبرأ ذمته، ويقع ما أتى به عن النذر، لأنه قد أتى بأركان الحج، ولم يترك إلا هيئتة، فصار كما لو ترك الإحرام من الميقات، أو

---

(١) الحديث: أخرجه مسلم، من حديث عقبة بن عامر، بلفظ "نذرت أختى أن تمشي إلى بيت الله حافية، وأمرتني أن استفتي رسول الله ﷺ ، فقال: "لتمش، ولتركب" بدون "ولتهدى بدنه" أو "تهدي هدياً" صحيح مسلم بشرح النووي ١٠٣/١١ من كتاب النذر.
وأخرجه أبوداود بلفظ "فأمرها النبي ﷺ أن تركب وتهدي هدياً"
سنن أبي داود، باب ماجاء في النذر في المعصية، من كتاب الأيمان والنذور ٢٣٤/٣، حديث ٣٢٩٦. وانظر: تلخيص الحبير ١٧٧/٤، وإرواء العليل ٢١٩/٨.

(٢) انظر: المجموع ٤٩٠/٨، ومغني المحتاج ٣٦٤/٤.

(٣) "إن" ليست في: أ.

(٤) "والمشي" ليست في: ز.

(٥) انظر: الأم ٢٥٦/٢.

(٦) انظر: المجموع ٤٩٢/٨، والروضة ٣٢١/٣.

المبيت بمنى، وعلى هذا فهل يلزمه الدم؟ فيه قولان: أووجهان.

أحدهما: لا؛ لأن الفدية إنما تجب بترك أبعاض النسك، والمشي ليس من الأبعاض، وأظهرهما[(١)]؛ نعم للحديث الذي سبق، وعلى هذا، فالواجب شاة، أو بدنه، فيه ماسبق من الخلاف، ويحسن أن يُرتْبَ الخلاف في الفدية إذا ترك المشي من غير عذر، على الخلاف فيما إذا ترك بعذر، ويقال: إن أوجبنا ثـمَّ، فهاهنا أولى، وإن لم توجب ثم ففي الوجوب هاهنا، وجهان؛ لأنه إنما يلزم المشي بالنذر بشرط الإمكان، وقد يجمع بين الحالتين، ويقال: في وجوب الفدية، إذا ترك المشي، وأوقعنا المَأْتي به عن نذره ثلاثة أوجه. ثالثها الفرق بين المعذور، وغير المعذور.

(قال [الغزالي] ولو قال: أحُجُّ عامي هذا فتعذر بمرض، ففي لزوم القضاء خلاف، وإن تعذر بإحصار، فلا قضاء).

[فيمن نذر حجاً]

[قال الرافعي] : من نذر حجاً فيستحب له أن يبادر إليه في أول سِنِي[(٢)] الإمكان، وإن مات قبل الإمكان، فلا شيء عليه، كما في حَجَّة الإسلام.

وإن مات بعده حجَّ عنه من ماله.

وإن عيَّن بنذره سنة تعينت على الصحيح، كما في الصوم[(٣)].

فلو حج قبلها، لم يعتد به.

ولو قال: أَحجُّ عامي هذا، وهو على مسافة يمكن الحج منها في ذلك العام، فعليه الوفاء تفريعاً، على الصحيح[(٤)].

فإن لم يفعل مع الإمكان صار ديناً في ذمته يقضيه[(٥)] بنفسه.

فإن مات و لم يقض، أُحجَّ عنه[(٦)] من ماله وإن لم يمكنه، قال: في "التتمة" "بأن

---

(١) انظر: المجموع ٤٩٢/٨، والروضة ٣٢١/٣، ومغني المحتاج ٣٦٤/٤.

(٢) في: ز "سنة".

(٣) انظر: ص ١٧٦، وانظر: مغني المحتاج ٣٥٩/٤.

(٤) انظر: المجموع ٤٩٤/٨، ومغني المحتاج ٣٦٤/٤.

(٥) في: ز "و".

(٦) "عنه" ليست في: أ.

كان مريضاً وقت خروج الناس، فلم يتمكن من الخروج معهم، أو لم يجد رفقة، وكان الطريق مخوفاً لا يتأتى للآحاد سلوكه، فلا قضاء عليه، لأن المنذور حجٌ في تلك السنة، و لم يقدر عليه، وهذا كما أن حجة الإسلام لا تستقر عليه. والحالة هذه. ولو صده عدوٌ، أو[١] سلطان بعدما أحرم حتى مضى العام، قال الإمام[٢]: لو امتنع عليه الإحرام لمكان الصد فالمنصوص: أنه لا قضاء عليه كحجة[٣] الإسلام إذا صدَّ عنها في أول سنة الإمكان، لايلزم قضاؤها.

وخرَّجَ ابن سريج قولاً. وبه قال: أبوحنيفة[٤]، والمزني[٥] فيما حكى الصيدلاني. أنه يجب القضاء، كما لو قال: أصوم غداً، فأغمي عليه حتى مضى[٦] الغد، يلزمه القضاء، كما لو[٧] منعه مرض، وباب النذر أوسع.

ألا ترى أنه لو نذر حجاتٍ كثيرة، تلزم، ولا تلزم بالشرع إلا واحدة، وأنه لو نذر صلاة في يوم بعينه، فأغمي عليه[٨] يلزمه القضاء ولايلزمه قضاء صلوات ذلك اليوم. وظاهر المذهب الأول[٩]، وإن منعه عدو، أو سلطان وهدده[١٠]، أو منعه ربّ الدين، وهو لايقدر على أدائه، ففي القضاء قولان: أظهرهما: أنه لايجب[١١]. وفيه طريقة أخرى قاطعة بالوجوب، ويجريان معاً في الحصر الخاص في حجة الإسلام.ولو منعه المرض بعد الإحرام، فالمشهور وجوب القضاء، ولا يتنزل منزلة الصد.

ألا ترى أنه يتحلل عن إحرامه بالصد، ولا يتحلل بالمرض.

---

(١) "أو" ليست في: ز.
(٢) عن هذا القول. يحْتَ في كتاب النذر، فصل، نذر الحج، فلم أجد ذلك. وا لله أعلم.
(٣) في: أ "كحجة".
(٤) انظر: الهداية ٢/١٨١.
(٥) انظر: المختصر ص ٢٩٨.
(٦) في: أ، ب، ظ "فمضى".
(٧) في: ز "لو نذر" وهو خطأ.
(٨) في: ز "عليه فيه".
(٩) انظر: الروضة ٣/٣٢١، ومغني المحتاج ٤/٣٦٥.
(١٠) في: أ، ز "وحده".
(١١) انظر: المصدرين نفسهما.

وذكر الإمام: أن الأصحاب: خرجوه على الخلاف المذكور في الصد[١]. وكذلك حكى الخلاف فيما إذا امتنع عليه الحج[٢] في ذلك العام بعد الاستطاعة.

وأنت إذا بحثت عن كتب الأصحاب، وجدتها متفقة على أن الحجة المنذورة في ذلك كحجة الإسلام، إن اجتمعت في العام الذي عينه، شرائط فرض الحج، وجب الوفاء واستقر في الذمة، وإلا فلا، والنسيان، وخطأ الطريق، والضلال فيه كالمرض.

ولو كان الناذر معضوباً[٣] وقت النذر، أو طرأ العضب، ولم يجد المال حتى مضت السنة المعينة فلا قضاء عليه.

ولو نذر صلاة، أو صوماً، أو اعتكافاً، في وقت معين، ومنعه مما نذر، عدو أو سلطان، يلزمه القضاء بخلاف الحج.

وقال: في "التهذيب"؛ لأن الواجب بالنذر كالواجب بالشرع، وقد تجب الصلاة، والصوم مع العجز، فكذلك يلزم بالنذر، والحج لايجب، إلا عند الإستطاعة، فكذلك حكم النذر.

[فروع منثورة]

[قال الرافعي]: فروع: تتعلق بهذا النوع: إذا نذر حجاتٍ كثيرةً انعقد النذر، ويأتي بها على توالي السنين بشرط الإمكان، فإن أخر استقر في ذمته ما أخره.

فإذا نذر عشر حجات، ومات بعد خمس سنين، وأمكنه الحج فيها، قضى من ماله خمس حجات.

ولو نذرها المغضوب، ومات بعد سنة، وكان يمكنه أن يحج عن نفسه العشر في تلك السنة قضيت من ماله، وإن لم يف ماله، إلا بحجتين أو ثلاث لم يستقر، إلا

---

(١) في: ز "الحج".
(٢) في: ز "الصد".
(٣) "معضوبٌ": "رجل معضوب" زمنٌ لا حَراك به كأنه الزَّمَانَة (عَضَبَتهُ) ومنعته الحركة. المصباح المنير ٢/٤١٤.

المقدور عليه.

ومن نذر الحج، لزمه أن يحج بنفسه إلا أن يكون مغضوباً، فَيُحَجُّ عن نفسه.

ولو[١] نذر أن يحج راكباً، فإن قلنا: إن المشي أفضل، أو سوينا بينهما، فإن شاء مشى، وإن شاء[٢] ركب.

وإن قلنا: إن الركوب أفضل فعليه الوفاء، وإن مشى فعليه دم، لأنه اندفع عنه مؤنة الركوب، وترفه.

وقال: صاحب "التهذيب"[٣] عندي لا دم عليه، لأنه عدل إلى أشق الطريقين.

وإن نذر أن يحج[٤] حافياً، فله أن يلبس النعلين، ولا شيء عليه.

ويخرج النادر عن نذر الحج، بالإفراد والقران، والتمتع.

وإن نذر القران فقد التزم النُّسُكين. فإن أتى بهما مفردين، فقد أتى بالأفضل، فيخرج عن نذره، وإن تمتع، فكذلك.

وإن نذر الحج، والعمرة مفردين فقرن، أو تمتع، وقلنا: إن الإفراد أفضل وهو الظاهر[٥] من المذهب، فالتفريع كما ذكرنا فيما إذا نذر الحج ماشياً، وقلنا: إن المشي، أفضل فحج راكباً. ومن نذر أن يحج وعليه حجة الإسلام، لزمه للنذر حجة أخرى، كما لو نذر أن يصلي وعليه صلاة الظهر تلزمه صلاة أخرى.

---

(١) في: ز "ومن".
(٢) "شاء" ليست في: أ.
(٣) "التهذيب" ١٥٣/٨.
(٤) في: ز "ندر الحج".
(٥) انظر: المجموع ٤٩٥/٨.

النوع الثالث: إتيان المساجد

[قال الغزالي]: (النوع الثالث: إتيان المساجد: فإذا نذر إتيان مسجد، لم يلزمه إلا المسجد الحرام، وفي مسجد المدينة ومسجد إيلياء[١]، قولان، فإن قلنا: يلزم، وجب أن يضيف إليها عيادة على قول. وكفى مجرد الإتيان على قول. وإن[٢] قلنا : لابد من عبادة. فقيل: تجب صلاة، ولو ركعة. وقيل: بل اعتكاف. وقيل: يتخير بينهما. وإن[٣] كان النذر لإتيان المسجد الحرام، فالعمرة، والحج أخص به من الاعتكاف، والصلاة، فيجزي ذلك، لكن إن قلنا: إن النذر، يحمل على أقل واجب، فإذا نذر إتيان مسجد[٤] لزمه حج أو عمرة. وإن[٥] قلنا: لا[٦]، فيلزمه إحرام، لدخول مكة على قول، فإن لم ينو[٧] ذلك فهو كمسجد المدينة.

ولو قال: آتي[٨] عرفة لم يلزمه شيء، لأنه من الحل.

ولو قال: آتي مسجد الخيف، فهو كالمسجد الحرام، لأنه من الحرم. وكذلك سائر أجزاء الحرم.

ولو قال: آتي إلى مكة لم يلزمه شيء إلا إذا قصد الحج.

وكذلك إذا قال: آتي بيت الله[٩] فإن[١٠] جميع المساجد بيت الله. ولو نذر الصلاة في المسجد الحرام، لزمه، ولو[١١] عين مسجداً، لم تلزمه إلا المساجد الثلاثة،

---

(١) في: أ "أومسجد المدينة، أومسجد إيليا، ففيها" وفي: ب، ظ "ففيهما".
(٢) في: ب، ز "فإن".
(٣) في: ب "فإن".
(٤) في: ز "المسجد الحرام".
(٥) في: أ، ب، ظ "فإن".
(٦) في: ز "وله".
(٧) في: أ "يزد". وفي: ز "ير".
(٨) في: أ "إلى" وليست في: ز
(٩) في: ز "بيت الله الحرام".
(١٠) في: أ "وإن".
(١١) في: ب "وإن".

فإنها تتعين للصلاة. وقيل: في تعيينها، قولان. ولو نذر المشي إلى مسجد المدينة، أو مسجد بيت المقدس، فهو كنذر المشي من دويرة أهله قبل الإحرام. وفيه[1] وجهان.

ولو نذر صلاة في الكعبة، جاز الصلاة في جوانب المسجد).

[الفصل الثالث: في إتيان المساجد]

[قال الرافعي]: التقديم والتأخير في صور الفصل، أقرب إلى الإيضاح وتهذيب المقصود.

فلا يراعى ترتيب الكتاب فيه.

المسألة الأولى: في نذر إتيان المساجد ونحوها

ونقول في النوع مسألتان: إحداهما: في نذر إتيان المساجد، ونحوها.

إذا قال: لله عليَّ أن أمشي إلى بيت الله الحرام، أو آتيه أو أمشي إلى البيت الحرام، ففيه طريقان:

أصحهما[2]: أنه ينعقد نذره، ويلزمه إتيانه، لما روى عن ابن عباس، رضي الله عنهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم "أمر أخت عقبة بن عامر وقد نذرت أن تمشي إلى بيت الله تعالى. أن تمشي بحج أو عمرة[3]".

والثاني: وهو الذي أورده الصيدلاني، وصاحب "التتمة". أن فيه خلافاً وسيتبيَّن مبناه ومأخذه في التفريع.

ولو قال: أمشي إلى بيت الله، أو آتيه، ولم يذكر: الحرام، فوجهان، أو قولان: أحدهما: أن مطلقه يحمل على البيت الحرام، لأنه السابق إلى الفهم فيصير كالمذكور.

وأصحهما: أنه لا ينعقد نذره إلا أن ينوي البيت الحرام، لأن جميع المساجد

---

(١) في: أ، ز "وفيه".

(٢) وهو المذهب: انظر: الروضة ٣٢٢/٣، ومغني المحتاج ٣٦٢/٤.

(٣) سبق تخريج الحديث ص ٢٠٢.

بيت الله تعالى، وظاهر[١] مانقله المزني[٢] يوافق الأول.

والقائلون بالثاني نسبوه إلى الإهمال، وربما أوّلوا[٣].

ولو قال: أمشي إلى الحرم[٤]، أو إلى المسجد الحرام، أو إلى مكة، أو ذكر بقعة أخرى من بقاع الحرم، كالصفا، والمروة، ومسجد الخيف، ومنى والمزدلفة، ومقام إبراهيم، وقبة زمزم، وغيرها، فهو كما لو قال: إلى بيت الله الحرام.

حتى لو قال: آتي دار أبي جهل[٥]، أو دار الخَيْزَرَان[٦]، كان الحكم كذلك، لشمول حرمة الحرم بتنفير الصيد وغيره.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لايلزمه المشي، إلا أن يقول: إلى بيت الله الحرام، أو إلى مكة، أو إلى الكعبة أو مقام إبراهيم[٧].

ولو نذر أن يأتي عرفات، فإن أراد التزام الحج، وعبّر عنه بشهود عرفه، أو نوى أن يأتيها محرماً، انعقد نذره بالحج.

وإن لم ينو ذلك، لم ينعقد، لأن عرفات من الحلّ، فهو كما لو نذر إتيان بلدٍ آخر. وعن ابن أبي هريرة: أنه إن نذر إتيان عرفات، يوم عرفة، لزمه أن يأتيها حاجاً. وقيد في "التتمة" هذا الوجه بما إذا قال: يوم عرفة بعد الزوال. وعن القاضي

---

(١) في: أ، ب، ظ "فظاهر".

(٢) انظر: الأم ٢/٢٥٦، والمختصر ص ٢٩٧.

(٣) في: أ "أوّلوه".

(٤) في: ز "بيت الله الحرام".

(٥) أبوجهل: هو: عمرو بن هشام بن المغيرة القرشي المخزومي عدو الله، فرعون هذه الأمة. كان يكنى في الجاهلية أبا الحكم فكناه صلى الله عليه وسلم أبا جهل، كان من أشد الناس عداوة لرسول الله ﷺ قتل يوم بدر كافراً في السنة الثانية من الهجرة.

انظر ترجمته: البداية والنهاية ٣/٢٨٧، المجلد ٢، تهذيب الأسماء واللغات ١/٣٣٨ و ٢/٢٠٦.

(٦) دارالخيزَران: هي دار في مكة مشهورة، اشترتها وزادتها بالمسجد الحرام. "الخَيْزَران: وهي زوجة المهدي وأم ولده اشتراها، ثم أعتقها وتزوجها وولدت له خليفتين "الهادي، والرشيد" ملكة حازمة انفردت بكبار الأمور، ولم يتوفر هذا الحظُّ لغيرها. توفيت رحمها الله سنة ١٧٣هـ.

انظر ترجمتها في: تاريخ بغداد ١٤/٤٣٠، البداية والنهاية ١٠/١٦٣، والأعلام ٢/٣٢٨هـ.

(٧) انظر: الهداية ٢/٩٠، والمبسوط ٤/١٣٢.

"الحسين". الاكتفاء بأن يخطر له شهودها يوم عرفة، وربما قال: بهذا الجواب على الإطلاق[١].

ولو قال: آتي مَرَّ الظهران[٢] أو بقعةً أخرى قريبةً من الحرم، لم يلزمه شيء، ولا فرق في لزوم الإتيان، بين لفظ المشي، والإتيان والإنتقال، والذهاب، والمضي، والمصير، والمسير، ونحوها. ولو نذر أن يضرب بثوبه حطيم الكعبة، فهو كما لو نذر[٣] إتيانها. وعن أبي حنيفة رحمه الله[٤]: أنه لايلزمه شيء إلا بلفظ المشي. ولو نذر أن يأتي مسجد المدينة، أو مسجد إيلياء. وهو المسجد الأقصى. فهل يلزمه إتيانهما؟ فيه قولان. قال: "البويطي" يلزم كالمسجد الحرام. وبه قال مالك[٥]، وأحمد[٦]. وهو اختيار "أبي إسحاق" لأن النبي ﷺ نص[٧] على هذه المساجد الثلاثة، بالإتيان وشد الرحال إليها، فقال: "لاتشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد، المسجد الحرام، والمسجد الأقصى، ومسجدي هذا"[٨].

وقال في "الأم"[٩] "لايلزم، ويلغو النذر" وبه قال: أبوحنيفة[١٠]، وهو الذي رجحه العراقيون، والروياني، وغيرهم[١١]، لما روي عن جابر: أن رجلاً قال: يارسول

---

(١) والصحيح الأول، انظر: الروضة ٣٢٢/٣، ومغني المحتاج ٣٦٣/٤.

(٢) "مَرُّ الظهران": "بلفظ التثنية اسم وادٍ بقرب مكة، وبُنيت إليه قرية هناك، فقيل "مَرُّ الظهران" المصباح المنير ٣٨٧/٢. وانظر: معجم البلدان ٦٣/٤.

(٣) في: أ "نوى".

(٤) انظر: الهداية ٩٠/٢.

(٥) انظر: مختصر خليل ص ١٠٣.

(٦) انظر: المغني ٦٣٨/١٣.

(٧) في: ز "خص هذه المساجد".

(٨) الحديث: أخرجه البخاري في صحيحه، باب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة، ٥٦/٢. وأخرجه مسلم في صحيحه من كتاب الحج، باب فضل المساجد الثلاثة ١٦٨/٩ بشرح النووي.

(٩) ٢٥٦/٢.

(١٠) انظر: المبسوط ١٣٢/٤.

(١١) انظر: الروضة ٣٢٣/٣.

الله "إني نذرت إن فتح الله عليك مكة، أن أصلي في بيت المقدس ركعتين، فقال: صليِّ هاهنا، فأعاد عليه، فقال: صلي هاهنا، ثلاثاً"[١].

ومعلوم أن هذا النذر يتضمن الإتيان، ولأنهما، لايقصدان بالنسك فأشبها سائر المساجد.

التفريع: إذا قلنا: يلزمه إتيان المسجد الحرام، وهو المذهب، فقد[٢] ذكر الصيدلاني، وغيره، أنا[٣] إن قلنا: يحمل النذر على الواجب شرعاً، فعليه حج، أو عمرة، وبهذا أجاب الشافعي رضي الله عنه. في المسألة، وهو الظاهر[٤].

وإنما تتم القربة في إتيانه بالنسك المخصوص به، وإن قلنا: لايحمل على الواجب، فيبنى على أصل آخر، وهو أن دخول مكة هل يقتضي الإحرام بحج أو عمرة؟ إن قلنا، نعم، فإذا أتاه فعليه حج، أو عمرة.

وإن قلنا: لا، فهو كمسجد المدينة، والمسجد الأقصى، ففيه القولان، في أنه هل يلزم إتيانه؟.

والتفريع: إذا قلنا: يلزم إتيانه كالتفريع في[٥] المسجدين، وإذا أوجبنا إتيان المسجدين[٦] فهل يلزمه[٧] مع الإتيان شيء آخر؟

فيه وجهان: عن رواية الشيخ أبي علي وغيره.

أحدهما: لا، لأنه لم يلتزم[٨] شيئاً سوى الإتيان، ونفس الإتيان والزيارة، قربة، واعترض الإمام، بأن من قال: بهذا الوجه، ماذا يقول: لو[٩] أتى باب المسجد،

---

(١) الحديث: أخرجه ابوداود في سننه، من كتاب الأيمان والنذور، باب من نذر أن يصلي في بيت المقدس ٣٧٩/٤، حديث ٣١٦٩، مختصر المنذري. وانظر: تلخيص الحبير ١٧٧/٤.

(٢) في: ز "وقد".

(٣) "أنا" ليست في: ز.

(٤) انظر: الأم ٢٥٥/٢. وانظر:الروضة ٣٢٣/٣، ومغني المحتاج ٣٦٢/٤.

(٥) في: ب "علي".

(٦) في: أ "المسجد المدينة والمسجد الأقصى". وفي: ب، ظ "مسجد المدينة والمسجد الأقصى".

(٧) في: ز "يلزم".

(٨) في: أ،ب، ظ "يلزم".

(٩) في: أ "إن".

وانصرف؟ إن قال: يكفيه ذلك[١] فقد أبعد، لأنه لا قربة فيه[٢] بل هو قريب من العبث.

وإن قال: يدخل المسجد[٣]، فالدخول من غير اعتكاف، وعبادة، لا قربة فيه، بل نُهِيَ عن طُروقِ[٤] المساجد، لا[٥] لحاجة.

وأصحهما: أنه لابدَّ من ضم قربة إلى الإتيان، لأن النذر، إنما ينعقد إذا تعلق بقربة، والإتيان المجرد، ليس بقربة، وعلى هذا، ففيه ثلاثة أوجهٍ، جمعها الإمام.

أحدها: أنه يتعين أن يصلي في المسجد الذي أتاه واحتج له: بأن / النبي ﷺ: (٤٣٤/ز) مَيَّز هذين المسجدين عن سائر المساجد بالصلاة، فروى أنه قال: "صلاة في مسجدي هذا، تَعْدلُ ألف صلاة، في غيره، وصلاة في مسجد إيلياء تعدل ألف[٦] صلاة في غيره، وصلاة في المسجد الحرام، تعدل مائة ألف صلاة في غيره"[٧]، وإذا كان التميز بالصلاة، وجب أن يضم إلى الإتيان الصلاة.

---

(١) "ذلك" ليست في: أ.

(٢) "فيه" ليست في: أ.

(٣) في: أ "المسجد الحرام".

(٤) قوله "نهى عن طروق..." رواه ابن ماجه في سننه ٢٤٧/١، برقم (٧٤٨) من حديث ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال: خصال لا تنبغي في المسجد: لايتخذ طريقاً. ثم قال: "... اسناده ضعيف".
وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٧٨/٤ "... ابن عدي من حديث ابن عمر، أنه ﷺ نهى أن تتخذ المساجد طرقاً، أو يقام فيها الحد ..."
وفيه عرابة بن السائب، وهو منكر الحديث، وقال عبد الحق: لايصح ورواه الحاكم والبيهقي من طريق أخرى بلفظ: لاتقوم الساعة حتى تتخذ المساجد طرقاً، ورواه بهذا اللفظ الدارقطني من حديث أنس وهو معلول، ورواه البيهقي في كتاب الصلاة في باب مايجوز من قراءة القرآن والذكر في الصلاة، من حديث خارجة بن الصلت: قال: دخلنا مع عبد الله - يعني ابن مسعود المسجد -، فذكر الحديث، وفيه: كان يقال من أشراط الساعة أن يسلم الرجل على الرجل بالمعرفة، وأن تتخذ المساجد طرقاً".

(٥) "لا" هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب هو "إلا لحاجة" والله أعلم.

(٦) في جميع النسخ "ألف". هكذا وهي رواية كما سيأتي عند ابن ماجة.

(٧) هذا الحديث بهذا اللفظ. قال عنه ابن حجر: "إسناده ضعيف، وقد ورد ذلك في أحاديث مفترقة، فأما الصلاة في مسجد المدينة، فمتفق عليه من حديث أبي هريرة. بلفظ "صلاة في

=

وعلى هذا قال الإمام: الذي أراه أنه لاتجب ركعتان، قولاً واحداً.

بل تكفي ركعة، لأن الصلاة غير مقصودة بالنذر في هذا الموضع[١].

وذكر "ابن الصباغ". وأكثرهم: أنه يصلي ركعتين، وحكى القاضي ابن كج، عن أبي الحسين: في أنه هل يكفي أن يصلي هناك فريضة، أم لابد من صلاة زائدة؟ بناءً على وجهين، نقلهما: فيما إذا نذر أن يعتكف شهراً، بصوم. هل يجوز أن يعتكف في رمضان؟ وفرق بينهما بأن مجرد الإتيان ليس بقربة، فلابد وأن يضامه قربة، يتعلق بها النذر والإعتكاف في نفسه قربة.

والوجه الثاني: أنه يتعين أن يعتكف فيه، ولو ساعة لأن الاعتكاف، أخص القرب بالمسجد، والصلاة لاتختص به.

والثالث: أنه يتخير بينهما لتعارض المعنيين. وهذا أشبه[٢]. وهو المذكور في "التهذيب"[٣]، وعن الشيخ أبي علي: أن في مسجد المدينة يكفي أن يزور قبر النبي ﷺ.

وتوقف فيه الإمام: من جهة أن الزيارة، لا تتعلق بالمسجد، وتعظيمه.

قال: وقياسه أنه لو تصدق في المسجد، أو صام يوماً كفاه.

ثم فَرَّقَ بأن المـُزَوَّر للزيارة يقع في بقعة[٤] المسجد، فينفصل عن الصدقة،

= مسجدي هذا، أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد، إلا المسجد الحرام" ثم قال: "وأما الصلاة في مسجد إيلياء، وهو بيت المقدس، فروى ابن ماجه من حديث ميمونة بنت سعد "فإن صلاة فيه - يعني بيت المقدس - كألف صلاة في غيره ... واسناده ضعيف". تلخيص الحبير ١٧٩/٤. وقال ابن الصلاح في شرح مشكل الوسيط ٢٧٨/٧ "... هو هكذا غير ثابت فيما نعلم ..."

وانظر: صحيح البخاري، باب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة ٥٦/٢.

وصحيح مسلم، باب فضل الصلاة بمسجد مكة والمدينة ١٦٤/٩.

وابن ماجة في سننه، باب ماجاء في الصلاة في مسجد بيت المقدس، حديث ١٤٠٧.

(١) انظر ذلك: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/لوحة ٩٣ - ب. وانظر: الروضة ٣٢٣/٣، ومغني المحتاج ٣٦٣/٤.

(٢) انظر: الروضة ٣٢٣/٣.

(٣) التهذيب ١٥٦/٨.

(٤) في: ز "رقعة".

والصوم والظاهر، الاكتفاء بها[١].

وإذا نزلنا المسجد الحرام، منزلة المسجدين، وأوجبنا ضم قربة إلى الإتيان، ففي تلك القربة، وجوه.

أحدها : الصلاة.

والثاني: الحج والعمرة، لأنهما المختصان به.

وهذا بدل الاعتكاف في المسجدين.

والثالث: يتخير.

قال الإمام: ولو قيل: يكفي الطواف، لم يبعد. ثم مهما قال[٢] أمشي إلى بيت الله الحرام، فليس له الركوب على الأظهر، بل يلزم المشي، كما ذكرنا فيما إذا قال: أحج ماشياً، وفيه الخلاف[٣] والتفاريع المذكورة هناك.

نعم، الأظهر هاهنا: أنه يمشي، من دويرة أهله فإن قضية قوله: أن يخرج من بيته إليه[٤] ماشياً. ووجه في "التهذيب"[٥].

الوجه الآخر: وهو أنه يمشي من الميقات بأن المقصود من الإتيان الحج والعمرة، فمشي من حيث يُحْرِمُ، وذكر القاضي "أبوالطيب"، وكثير من العراقيين، أنه لا[٦]خلاف بين الأصحاب: في أنه يمشي من دويرة أهله، ولكن يحرم من دويرة أهله[٧] أو من الميقات؟ فيه وجهان، قال: أبو إسحاق وقال صاحب "الإفصاح"[٨] من

---

(١) أي بالزيارة. انظر: الروضة ٣/٣٢٣.

(٢) في: ز "قال: مهما".

(٣) "الخلاف" ليست في: أ. وانظر: ص؟وما بعدها.

(٤) في: أ "إليه" زائدة.

(٥) انظر: التهذيب ٩/ لوحة، فصل نذر الحج، مسألة فإن كان نذر المشي، بدون ترقيم. وانظر: الروضة ٣/٣٢٤، ومغني المحتاج ٤/٣٦٣.

(٦) "لا" ليست في: ظ.

(٧) "ولكن يحرم من دويرة أهله" ليست في: أ.

(٨) ←

=

الميقات، وهو الأظهر[١].

وبه قال: أحمد[٢]. ولو قال: أمشي إلى المسجد الأقصى، أو إلى مسجد المدينة، ففي وجوب المشي، والتفريع على وجوب الإتيان وجهان، بناهما الشيخ أبو علي، على الخلاف في التزام المشي[٣]، قبل الميقات، لأن كل واحد من المشيين وإن[٤] لم يكن في عبادة، فهو واقع في القصد إلى بقية معظمة، والأظهر الوجوب.

ولو كان لفظ الناذر الإتيان، أو الذهاب، أو غيرهما، مما سوى المشي، فلا خلاف، أنه يجوز له الركوب.

أما إذا نذر إتيان مسجد آخر سوى المساجد الثلاثة، لم ينعقد نذره، إذ ليس في قصدها وإتيانها قربة مقصودة. وقد قال ﷺ : "لاتشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد" الحديث.(٤)

قال الإمام: وكان شيخي[٥] يفتي بالمنع عن شد الرحال إلى غير هذه المساجد، وربما كان يقول: يَحْرُمُ[٦]. والظاهر أنه ليس فيه كراهية، ولا تحريم، وبه قال: الشيخ أبوعلي. والمقصود من الحديث، تخصيص القربة بقصد المساجد الثلاثة.

= والإفصاح: هو كتاب في الفقه الشافعي. وهو شرح على مختصر المزني، لمؤلفه، أبو على الحسن الطبري، ويعرف به فيقال : "صاحب الإفصاح".
انظر: كشف الظنون ٢/١٦٣٥، وطبقات الشافعية لابن هداية الله، ص ٧٥و ٢٤٦.

(١) انظر: الروضة ٣/٣٢٤.

(٢) انظر: المغني ١٣/٦٣٧.

(٣) في: أ "المسجد".

(٤) في: ز "وإن كان". (٤) طرف الحديث متفق عليه من حديث أبي هريرة - انظر التلخيص ٤/١٧٨

(٥) هو: عبد الله بن يوسف الجويني. الشيخ أبو محمد وكان يلقب بركن الإسلام. والد إمام الحرمين، وشيخه.
أصله من قبيلة من العرب، كان إماماً في التفسير، والفقه والأدب. له مصنفات عديدة منها: "تعليقة في الفقه"، و "الفروق"، و "كتاب المختصر"، و "كتاب في التفسير".
توفي رحمه الله عام ٤٣٨هـ رحمه الله تعالى.
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٠٩.

(٦) نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٣ – أ.

واعلم أنا ذكرنا في الاعتكاف، أنه إذا عيَّن بنذره مسجد المدينة، أو المسجد الأقصى، للاعتكاف، فأظهر القولين، التعين[١]. وحكينا هاهنا: أنهم رجحوا من القولين، أنه لايلزم إيتانهما، ونسب القاضي الروياني ترجيحه إلى عامة الأصحاب.

ويمكن أن يفرق: بأن الاعتكاف عبادة في نفسه، وهو مخصوص بالمسجد، فإذا كان للمسجد فضل، وللعبادة فيه مزيد[٢] ثواب، فكأنه التزم فضيلة في العبادة الملتزمة، والإتيان بخلافه.

ويوضحه: أنه لاخلاف في أنه، لو نذر إتيان سائر المساجد، لم يلزمه، وفي مثله في الاعتكاف خلاف، ذكرنا هناك[٣].

المسألة الثانية: إذا نذر الصلاة في موضع معين

المسألة الثانية: إذا نذر الصلاة في موضع معين لزمته الصلاة لا محالة، ثم ينظر: إن عين المسجد الحرام، تعيَّن للصلاة الملتزمة، لعظم فضله، وتعلق النسك به، وإن عيَّن مسجد المدينة أو المسجد الأقصى، ففيه طريقان، قال: الأكثرون، في التعيين، القولان المذكوران في لزوم الإتيان[٤].

والثاني: ونسبه "الإمام" إلى "المراوزة": القطع بالتعيين، لأنه التزم قربة، وضم إليها مزيد فضيلة[٥]، ولايبعد أن يرجح التعيين، هاهنا. وإن ثبتت الخلاف، كما في الإعتكاف وبترجيحه يشعر نظم الكتاب.

وإن عيَّن سائر المساجد والمواضع، لم يتعين. وإذا عين مسجد المدينة، أو المسجد الأقصى للصلاة. وقلنا بالتعيين فصلى في المسجد الحرام، خرج عن نذره على الأصح، بخلاف العكس، وفيه احتمال للإمام، وهل تقوم الصلاة في أحدهما مقام الصلاة في الآخر؟

فيه وجهان[٦] لاستوائهما في التعديل المذكور في الحديث.

---

(١) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٥٠٦/٦ و ٥٠٧.
(٢) في: ز "مزية" وفي: ب "فالعبادة".
(٣) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٥٠٧/٦، والروضة ٣٢٣/٣.
(٤) انظر: الروضة ٣٢٣/٣، ومغني المحتاج ٣٦٣/٤ حيث أن المذهب: لايتعين الموضع.
(٥) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٤.
(٦) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٥- أ.

وذكر الإمام(١): أنه لو قال: أصلي في مسجد المدينة، فصلى ألف صلاة في غيره، لم يخرج عن النذر كما لو نذر ألف صلاة، لا يخرج عن النذر بصلاة في مسجد المدينة / وأن شيخه كان يقول: لو نذر صلاة في الكعبة فصلى في أطراف المسجد (٤٣٥/ز) الحرام، خرج عن النذر، وأن الزيادة التي رويت في الحديث السابق، أن النبي ﷺ قال: "وصلاة في الكعبة تعدل مائة ألف صلاة في المسجد الحرام" لم يصححها الأثبات(٢). والعلم عند الله.

ونعود إلى مايتعلق بلفظ الكتاب. قوله "فإذا نذر إتيان مسجد لم يلزمه إلا المسجد الحرام" يجوز أن يُعْلَمَ بالحاء؛ لما مرَّ أن عند أبي حنيفة رحمه الله، لايلزمه شيء إلا بلفظ المشي.

وقوله: "ومسجد المدينة، ومسجد إيلياء فيه قولان"، وفي بعض النسخ.

وفي مسجد المدينة، ومسجد إيلياء قولان: وهما صحيحان وعلى التقديرين، فليس ذلك منفصلاً عن قوله "إلا المسجد الحرام"، بل المعنى إلا المسجد الحرام.

وكذا حكم المسجدين في أحد القولين. وقوله: "فإن قلنا: يلزم" يجوز أن يعلم لفظ(٣) "يلزم" بالحآء، إشارة إلى ماذكرنا من مذهب أبي حنيفة رحمه الله.

وقوله: "عبادة على قولٍ، وكفى بمجر الإتيان على قول". التعبير عن الخلاف بالقول، خلاف المشهور.

والمذكور في "النهاية"(٤) و "الوسيط"(٥) الوجه، نعم رأيت للروياني(٦): في

---

(١) قال النووي في الروضة ٣٢٥/٣ "قلت: فيه وجهٌ ثالث: أنه يقوم مسجد المدينة مقام الأقصى، دون عكسه، وهذا أصح، ونص عليه في "البويطي". والله أعلم.

(٢) قال ابن حجر: عن هذا الحديث "تنبيه" ذكر إمام الحرمين عن أبيه أن الحديث الذي فيه: وصلاة في الكعبة تعدل مائة ... لم يصححها الأثبات فلا تعويل عليه. ثم قال: "قلت: لم أجد لها أصلاً، فضلاً عن أن تصحح، والصلاة في الكعبة ثابت في الصحيحين، لكن لم يثبت أن النبي ﷺ صلى فيها الفرض" ا.هـ.، تلخيص الحبير ١٧٩/٤ و ١٨٠.

(٣) في: أ "لفظة".

(٤) أي نهاية المطلب ٢٧/ لوحة ٩٤ -ب.

(٥) انظر ٢٨٠/٧.

(٦) في: ب، ظ: "الروياني".

أثناء كلام له أن فيه قولين مخرجين.

وقوله "ولو ركعة" ليعلم بالواو.

وقوله "فالعمرة والحج أخصُّ به من الاعتكاف والصلاة، فيجزي ذلك" الأليق أن يُعلّق[١] هذا الوجه بالتخيير[٢]، وإلا كان الأحسن أن يقول: فيجب ذلك. ثم أتمّ[٣] الكلام، في حكم النذر، لإتيان المسجد الحرام.

فقال[٤]: "إن قلنا": إلى آخره. وقوله: "فهو كمسجد المدينة". يعني: أنه يخرج لزوم الإتيان حينئذٍ على القولين في المسجدين.

وقوله: "في صورة عرفة، لم يلزمه شيء" معلم بالواو.

وقوله: "ولو قال: آتي مكة لم يلزمه شيء، إلا إذا قصد الحج. وكذلك إذا قال[٥]: آتي بيت الله، فإن جميع المساجد، بيت الله".

هكذا هو في بعض النسخ، وفي بعضها بعد قوله.

"وكذلك سائر أجزاء الحرم"، وكذا لو قال: "آتي مكة".

وإذا قال: "آتي بيت الله، لم[٦] يلزمه شيء، فإن جميع المساجد بيت الله". وهذا هو الصواب.

فأما أنه لايلزمه شيء، إذا قال: آتي مكة حتى يقصد الحج، فلا وجه له، ولا ذكر له في الكتب، بل المذكور خلافه.

وقوله: "ولو نذر[٧] الصلاة في المسجد الحرام، لزمه" ليعلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة لايتعين للصلاة شيء من المواضيع المعينة.

---

(١) في: ز "اللائق أن يعلم".
(٢) في: أ "التخير".
(٣) في: أ "تمّ".
(٤) في: أ "لكن إنه".
(٥) "اذا قال" ليست في: أ.
(٦) "لم يلزمه شيء" ليست في: ز.
(٧) في: ز "في نذر".

وكذا قول: "فإنها تتعين للصلاة".

وقوله: "ولو عين مسجداً لم يلزمه إلا المساجد الثلاثة، فإنها تتعين للصلاة"

وقوله: "ولو عين مسجداً لم يلزمه الا المساجد الثلاثة، فإنها تتعين للصلاة" بعد قوله: "ولو نذر الصلاة في المسجد الحرام، لزمه". غير مستحسن، فإن المسجد الحرام أحد الثلاثة.

وقد ذكر حكمه، وكان ينبغي أن يقول:

ولو عين مسجداً آخر لم[1] يلزمه إتيانه، إلا أن يعين[2] المسجدين. وقوله: "وفي تعينهما"[3] قولان: ينبغي أن يقرأ بالتثنية، فأما المسجد الحرام، فلم يُذكَر خلافٌ في تعينه.

[فصل: وفيه فروع منثورة]

[قال الرافعي]: فروع: قد عرفت أن الظاهر في نذر المشي إلى بيت الله تعالى، وجوب حج، أو عمرة، فلو أنه قال: في نذره أمشي إلى بيت الله الحرام، بلا حج[4]، ولا عمرة[5].

وفيه وجهان عن أبي إسحاق

أحدهما: أنه ينعقد نذره، ويلغو قوله: "بلا حج، ولا عمرة".

والثاني: لاينعقد؛ لأنه إذا أُطلِقَ حُمِلَ على عرف الشرع. فإذا[6] صرح بخلافه لم يمكن حمله عليه فيلغو النذر،

وعن الشيخ أبي حامد وغيره بناء الخلاف على الخلاف فيما إذا نذر المشي إلى مسجد المدينة، والمسجد الأقصى، لأن المشي هناك لايتضمن نسكاً.

---

(١) "لم" ليست في: ب، ظ.

(٢) "إلا أن يعين" ليست في ب، ظ.

(٣) في: ز "تعينها".

(٤) في: أ "فلا".

(٥) "عمرة" ليست في: أ.

(٦) "والثاني ... عرف الشرع" ليست في: ب، ظ.

وكذلك هاهنا، إذا صرفه عن النسك، واعترض ابن الصباغ: بأن من يقول بانعقاد النذر هاهنا، يُلغي قوله "لاحاجاً ولا معتمراً"، ويأمره بالنسك، فلا يكون خالياً عن النسك، ثم إذا أتاه، فإن أوجبنا إحراماً لدخول مكة، فعليه حج أو عمرة.

وإن قلنا: لا، فعلى ماذكرنا في مسجد المدينة والأقصى(١).

ولو قال: أصلي الفرائض في المسجد.

قال في "الوسيط"(٢): يلزمه إذا قلنا: صفات الفرائض تفرد بالالتزام.

وقال القاضي ابن كج: إذا نذر أن يزور قبر النبي ﷺ ، فعندي: أنه يلزمه الوفاء وجهاً واحداً.

ولو نذر أن يزور قبر غيره، ففيه(٣) وجهان عندي.

وفي "التتمة" لو قال: أمشي ونوى بقلبه حاجاً، أو معتمراً، انعقد النذر على مانوى، وإن نوى إلى بيت الله الحرام، فيُجْعَل مانواه كأنه تلفظ به. والله أعلم.

---

(١) والأصح ينعقد نذره. انظر: الروضة ٣/٣٢٦.

(٢) انظر: الوسيط ٧/٢٨٠.

(٣) في: ب، ظ "وفيه".

النوع الرابع في الضحايا والهدايا

[قال الغزالي]: (النوع الرابع[١]: في الضحايا، والهدايا: "فلو نذر التقرب بسوق شاة إلى مكة ، لزمه الذبح بمكة، والظاهر: أنه يلزمه التفرقة أيضاً بمكة، وإن لم يذكر لفظ الضحية والقربة، بل قال[٢]: عليَّ ذبح شاة بمكة، ففي اللزوم وجهان.

فإن أضاف إلى بلدة أخرى، فأولى بأن لايلزم. ولو قال: لله عليَّ أن أضحي بنيسابور[٣] فعلى وجهٍ يلزمه الذبح والتفرقة بها، وعلى وجهٍ يلزمه[٤] التفرقة بها، دون الذبح. وعلى وجه لايتعين لا الذبح، ولا التفرقة، وهو مثل الخلاف، في تعيين[٥] الفقير للصدقة بالنذر).

[الفصل الرابع: في الضحايا والهدايا]

[قال الرافعي]: إذا نذر ذبح حيوان، و لم يتعرض لهدي، ولا ضحية، بأن قال: لله عليَّ أن أذبح هذه البقرة، أو أنحر هذه البدنة، فإن قال: مع ذلك وأتصدق بلحمها، أو نواه، لزمه الذبح، والتصدق.

وإن لم يقله، ولا نواه، ففي انعقاد نذره وجهان.

أحدهما: ينعقد، وعليه الذبح، والتصدق، كما لو نذر[٦] أن يهدي، يلزمه الذبح، والتصدق.

وأصحهما: المنع، فإنه لم يعلق[٧] نذره بقربة[٨].

---

(١) في: ز "الثاني" وهو خطأ.

(٢) في: أ "كان".

(٣) "نيسابور": بفتح النون، "هي مدينة عظيمة ذات فضائل جسيمة، معدن الفضلاء، ومنبع العلماء، قاعدة من قواعد خراسان".
انظر: معجم البلدان ٣٣١/٥، والمصباح ٦٣٢/٣.

(٤) في: أ "يلزم".

(٥) في: أ، ظ "تعين".

(٦) في: ز "نوى".

(٧) في: ب، ظ "يتعلق".

(٨) انظر: الروضة ٣٢٧/٣.

ولو نذر أن يهدي بدنة، أو شاةً إلى مكة، أو أن يتقرب بسوقها إليها، وبذبحها، ويفرق اللحم، على فقرائها، لزمه الوفاء.

ولو لم يتعرض للذبح، وتفرقة اللحم، فيلزمه الذبح بها أيضاً.

وفي تفرقة اللحم وجهان:

أحدهما: لايجب تفرقة اللحم بها إلا أن ينوي، لأنه لم يلتزم[١] بل له أن يفرق، في موضع آخر.

وأصحهما: الوجوب، حملاً على الهدايا الواجبة في الشرع.

وقال: الإمام في توجيهه: إنما ينعقد الذبح بالحرم، حتى يكون اللحم المفرق على أهله، غضاً طرياً. وإلا فلا أدب في اتخاذ الحرم مجازر[٢].

ولو نذر أن يذبح خارج الحرم، ويفرق اللحم على أهله قال: في "التتمة: الذبح خارج الحرم لا قربة[٣] فيه فيذبح حيث شاء.

ويلزمه تفرقة اللحم هناك، وكأنه نذر أن يهدي إلى مكة لحماً".

ولو نذر أن يذبح بمكة، ويفرق اللحم على فقراء بلدة أخرى، وفىَّ بما التزم. ولو قال: لله[٤] عليَّ أن أنحر، أو أذبح بمكة ولم يتعرض للفظ القربة، والضحية، ولا للتصدق باللحم، ففي انعقاد نذره، وجهان:

أحدهما: لاينعقد، لأن مجرد الذبح، لا قربة فيه.

وأصحهما: الانعقاد، وهو الذي أورده الجمهور، لأن[٥] ذكر[٦] الذبح متصلاً بالنذر، مضافاً إلى مكة يشعر بالقربة، ولأن[٧] الذبح بها[٨] عبادة معهودة، وعلى

---

(١) في: أ، ب، ظ "يلزم".
(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٥.
(٣) في: ز "لامزية".
(٤) في: أ "نذر عليَّ".
(٥) في: ز "ولأن".
(٦) "ذكر" ليست في: ب.
(٧) في: ز "ولأن ذكر".
(٨) "بها" ليست في: ب، ظ، ز.

هذا، فهل يجب التصدق باللحم على فقرائها؟.

فيه الوجهان السابقان. قال في: "التهذيب"، ولو نذر الذبح بـأفضل بلـد كـان كما لو نذر الذبح بمكة فإنها أفضل البلاد.

ولو نذر الذبح والنحر ببلدة أخرى، و لم يقل مع ذلك واتصدق على فقرائهـا، ولا نواه، فظاهر ما نقله المزني[١] أنه[٢] ينعقد نذره، وبه قال: أبوإسـحاق؛ لأن النحـر يتضمن تفرقة اللحم ويستتبعها. ويروى أن رجلاً نذر أن ينحر إبـلاً في موضـع سمـاه، فقال: رسول الله ﷺ : "هل كان فيه وثن من أوثان الجاهلية يعبد؟ فقـال: لا، فقـال: هل كان فيه عيد من أعيادهم؟ قال: لا، فقال ﷺ أوف بنذرك"[٣].

والأصح وهو المحكي عن نصه في "الأم"[٤] : أنه لاينعقد نذره، إلا إذا قال: مع ذلك: وأتصدق على فقرائها، أو نواه، بخلاف ما إذا نذر الذبح بمكة، فإن النذر هنـاك حُمِلَ على الواجب شرعاً، والذبح في غير مكة، لا قربة فيه، ومن حكـى الوجهـين في نذر مكة، جعل الخلاف في غير مكة مرتباً على الوجهين هناك، كما فعل في الكتاب.

---

(١) مختصر المزني ص ٢٩٨.

(٢) "أنه" ليست في: ب، ظ.

(٣) الحديث: أخرجه أبوداود في سننه، من حديث ثـابت بـن الضحـاك، بـاب مـايؤمر مـن الوفـاء بالنذور ٣٨٢/٤، حديث ٣١٧٢، مختصر المنذري.

وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس، باب الوفاء بالنذر ٦٧٨/١، حديث ٢١٣٠.

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٠/٤ "أبوداود من حديث ثـابت بـن الضحـاك بسـند صحيح، ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وسمي الموضع "بوانـه" ، ورواه ابـن ماجه من حديث ابن عباس ويشبه أن يسمى الرجل "كردم". فقـد رواه أحمـد في مسنده مـن حديث عمرو بن شعيب عن ابنةِ كردم عن أبيها أنه سأل رسول الله ﷺ فقـال: إنـي نـذرت أن أنحر ثلاثة من إبلي فقال: إن كان على وثن من أوثان الجاهلية فلا. الحديث.

وفي لفظ لابن ماجه عن ميمونة بنت كردم الثقفية: أن أباها لقي النبي ﷺ وهي ريفـة كـردم، فقال: إني نذرت أن أنحر ببوانة، فقال: هل فيها وثن؟ قال: لا. قال: فأوف بنذرك".

ثم قال الحافظ: تنبيه" بُوانه بضم الباء الموحدة وبعد الألف نون، موضع بين الشام وديار بكـر قاله أبوعبيد.

وقال البغوي: أسفل مكة دون يلملم.

وقال المنذري: هضبة من وراء ينبع.

(٤) انظر: الأم ٢٥٦/٢.

وإذا انقعد النذر، إما على الوجه الأول لا[١]نضمام لفظ التصدق، أو بنيته على الثاني: فهل يجب التصدق باللحم على فقرائها؟ جعله الإمام[٢] على قولين مأخوذين من الخلاف في نقل الصدقات. إن لم نُجوِّز النقل، وجب التصدق عليهم، وإن جوزناه فوجهان.

وجه تعينهم: أن لفظ الناذر نص في التخصيص بهم والأخبار التي تُنْقلُ في منع الصدقة تتعرض للتأويلات.

والظاهر الذي يوجد للأكثرين التعيين. فإن قلنا لايتعين التصدق عليهم، فلا يجب الذبح بتلك البلدة، بخلاف مكة، فإنها محل ذبح الهدايا.

وإن قلنا يتعين فوجهان:

أحدهما: لايجب الذبح بها. بل لو ذبح خارجها، ونقل اللحم[٣] إليها طرياً جاز.

وهذا ما أورده صاحب "التهذيب" وجماعة.

والثاني: يتعين إراقة الدم بها، كما في مكة وهذا ما أورده العراقيون، وحكوه عنه "نصه" في "الأم"[٤].

ولو قال: أضحي ببلدة كذا، وأفرق اللحم على أهلها، ينعقد نذره، ويُغني ذكر التضحية، عن ذكر التصدق، ونيته، وجعل الإمام وجوب التفرقة على أهلها، ووجوب الذبح على الخلاف السابق[٥].

قال: "ولو اقتصر على قوله: أضحي، فهل يتضمن ذلك تخصيص التفرقة[٦] بهم؟ فيه وجهان.

---

(١) في: ز "أو".
(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٥ – ب.
(٣) في: ز "ذبح اللحم، ونقل خارجها".
(٤) انظر: ٢/٢٥٧.
(٥) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٥ – أ.
(٦) في: ز "الصدقة" وهو غير صحيح.

والظاهر الذي جرى عليه الأئمة، وحكوه عن صاحب "الإفصاح"، أنه تجب التفرقة، والذبح بها.

وخرج الإمام الخلاف الذي ذكره في تعين فقراء البلدة، فيما إذا قال: الرجل لله عليَّ أن أتصدق على زيد وهو فقير، هل[1] يتعين زيد لذلك؟ والظاهر التعين[2].
وقد ذكر صاحب "التهذيب" وغيره: أنه لو نذر أن يتصدق بكذا على أهل بلد[3] عيَّنهُ، يجب أن يتصدق به عليهم.

ومن هذا القبيل، ماينذر بعثه إلى القبر المعروف بجرجان[4]، فإن مايجتمع منه على مايُحْكى يقسم على[5] جماعة معلومين.

وفي فتاوى القفال: أنه لو قال: إن شفى الله مريضي، فلله علي أن أتصدق بعشرة على فلان، فشفاه الله تعالى، لزمه التصدق عليه، فإن لم يقبل، لم يلزمه شيء.

وهل لفلان مطالبته بالتصدق بعد الشفاء؟ يحتمل أن يقال: نعم، كما لو نذر إعتاق عبد معيَّن، إن شُفِيَ، فشُفِيَ، له المطالبة بالإعتاق، وكما لو وجبت الزكاة والمستحقون في البلد محصورون، لهم المطالبة.

ولا يخفى خروج الوجوه الثلاثة المذكورة، في "الكتاب"، فيما إذا قال: " لله عليَّ أن أضحي بنيسابور من[6] الخلاف الذي حكيناه عن رواية الإمام .

---

(١) في ز: "فهل".

(٢) انظر: الروضة ٣٢٧/٣، ومغني المحتاج ٣٦٦/٤.

(٣) في: أ "بلدة".

(٤) "جُرْجْان، بضم أوله، وآخره نون. مدينة مشهورة عظيمة بين طبرستان، وخراسان، فبعض يعُدها من هذه وبعض يعدها من هذه، وقد خرج منها خلق كثير من العلماء الفضلاء". انظر: معجم البلدان ١١٩/٢.
وعبارة المؤلف "ماينذر بعثه إلى القبر"
تجاوز رحمه الله في هذا التعبير، لأنه لم يثبت لا في عهد رسول الله ﷺ ولا في عهد الصحابة، ولا في عهد التابعين، النذر إلى قبر، ثم يقسم مايجمع من ذلك على المحتاجين وحتى لايتخذ ذلك القبر ذريعةً لارتكاب محذور حياله. والله أعلم.

(٥) "على" ليست في: أ.

(٦) في: ب، ظ "في".

(قال [الغزالي]: وإذا قال: لله عليَّ أن أضحيِ ببدنة، فهل يقوم مقامها سبع من الغنم، أو بقرة؟ فيه وجهان، وقيل إن عدمت جاز، وإلا فلا.

ولو نذر دراهم، فلا يتصدق بجنس آخر.

وإذا ذكر في النذر لفظ الضحية، فلا يجزيه إلا الثني من الإبل، وهو مايجزئ في الضحية سليماً من العيوب.

ولو نذر هدياً، فعلى قول يكفيه كل مايسمى منحة، ولايجب تبليغه مكة، وعلى قول مايجزئ في الضحية[١]، ويلزمه[٢] تبليغ الحرم.

ولو نذر أن يهدي ظبية إلى مكة، لزمه التبليغ، ويتصدق بها حية، ولا تذبح.

ولو نذر ذلك في بعيرٍ معيب، ففي ذبحه وجهان.

ولو نذر في مالٍ نقله إلى مكة، فإن كان عقاراً، أو ما يتعذر نقله باع، وفرَّق قيمته بمكة)..

[لو قال: لله علي أن أضحى ببدنة أو أهدي بدنة فما هي البدنة وما يقوم مقامها]

[قال الرافعي]: إذا قال: لله علي أن أضحي ببدنة، أو أن أهدي بدنة فالبحث، فيه من وجهين:

أحدهما: أن البدنة، ماهي؟ / وهل يقوم غيرها مقامها؟ قال الإمام[٣]. (٤٣٧/ز)

البدنة: في اللغة الإبل[٤]. ثم الشرع: قد يُقيم مقامها بقرة، وأيضاً سبعاً[٥] من الغنم.

---

(١) في: ب "سليما".

(٢) في: أ، ب ، ظ. "يلزم".

(٣) نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٦ - ب.

(٤) انظر: لسان العرب ٣٤٦/١، مادة "البدنة"، المصباح المنير ٣٩/١.

(٥) في: ب ، ظ "فسبعاً".

و[1]قال الشيخ أبوحامد وجماعة: اسم البدنة، يقع على الإبل، والبقر والغنم جميعاً.

ولا يخلو، إما أن يطلق التزام البدنة، أو يقيد بالإبل لفظاً، أو نية.

إن أطلق، فعليه بدنة من الإبل.

أما على ماذكره الإمام فظاهر.

وأما على المأخذ الثاني، فلأنها أكمل، والاستعمال فيها أغلب، وتتعين الإبل، أو يقوم مقامها بقرة، أو سبعٌ من الغنم، ينظر: إن وجدت الإبل فوجهان:

أظهرهما وهو المنصوص[2]: أنه لامعدل عنها قضية للفظ.

والثاني: أنه يتخير بينها، وبين بقرةٍ، أو سبعٍ من الغنم، حملاً على معهود الشرع، وهما كوجهين، أو قولين ذكرا في أن هذه الخصال إذا أُفسِدَ الحج بالجماع تشرع على الترتيب، أو على التخيير؟ وإن لم توجد الإبل، فيعدل إلى بقرة، فإن لم توجد فإلى سبع من الغنم، هذا هو الظاهر "المنصوص"[3] وفيه وجه:

أنه لاعدول عنها إتباعاً للفظ وإلحاقاً لما نص الناذر عليه بما نص الشارع عليه في الزكوات حتى امتنع إبدالها.

وكذلك لو قال: لله عليَّ أن أتصدق بعشرة دراهم، لم يخرج عن النذر بصنف آخر من المال، وعلى هذا فتكون في ذمته، إلى أن يجد وقد ينسب هذا الوجه إلى القفال.

قال القاضي "الروياني": وهو القياس لكنه[4] خلاف نص الشافعي رضي الله عنه.

وإذا جمع بين الحالتين[5] خرج مما ذكرنا بثلاثة أوجه.

---

(١) "و" ليست في: ب، ظ.

(٢) انظر: الأم ٢/٢٥٨، وانظر: الروضة ٣/٣٢٨، ومغني المحتاج ٤/٣٦٦.

(٣) انظر: الأم ٢/٢١٨.

(٤) في ب: "و".

(٥) في: ب "الحالين".

ثالثها، وهو الأظهر، الفرق بين أن توجد[١] الإبل، فلا يعدل عنها، أو لا توجد، فيعدل، هذا إذا أطلق[٢] البدنة.

أما إذا قيد فقال: أضحي ببدنةٍ من الإبل، أو نوى الإبل، فلا يجزيه غيرها، إذا وجدت بلا خلاف.

وإن عدمت فوجهان:

أحدهما: أنه يصير إلى أن يجدها، ولا يجزيه غيرها للتعيين.

وأظهرهما: وهو "المنصوص"[٣]: أن البقرة تجزيه بالقيمة، فإن كانت قيمة البقرة دون قيمة البدنة من الإبل، فعليه إخراج الفضل. وفرق بينه، وبين ما إذا أطلق البدنة، بأن[٤] البدنة تقع على البقرة فلا حاجة إلى اعتبار القيمة، وبأن اللفظ عند الإطلاق، ينصرف إلى معهود الشرع. وفي المعهود تقوم البقرة، مقام البدنة من الإبل بلا تقويم، وإذا قيد بالإبل، وجبت الإبل[٥]، فعند الإعواز يلزمه أكثر الأمرين مما يقوم مقامها شرعاً، أو[٦] من قيمتها كما إذا أتلف الأضحية المعينة يلزمه أكثر الأمرين من المثل، أو القيمة.

وحكى القاضي ابن كج وجهاً أنه لا تعتبر القيمة كما في الإطلاق، والظاهر الأول[٧].

وكيف يخرج الفاضل؟ في "الكافي" للقاضي الروياني. أنه يشتري به بقرة أخرى، إن أمكن، وإلا فيشتري به شِقْصاً، أو يتصدق على المساكين؟ فيه وجهان. والمذكور في "تعليق الشيخ أبي حامد": أنه يتصدق به.

---

(١) في: ز "يجد".
(٢) في: ز "أطلق المتزم".
(٣) الأم ٢/٢١٨.
(٤) في: أ "أن".
(٥) "الإبل" ليست في: ب.
(٦) في: أ "أو".
(٧) انظر: الروضة ٣/٣٢٨، ومغني المحتاج ٤/ ٣٦٦.

وقال "المتولي": يشارك إنساناً في بدنة، أو بقرة، أو يشتري به شاة، وإذا عدل إلى الغنم، في هذه الحالة فتعتبر القيمة أيضاً.

ثم نقل "الروياني" في "جمع الجوامع": أنه إذا لم يجد الإبل في حالة التقييد يتخير بين البقرة، والغنم، لأن الاعتبار بالقيمة، والذي ذكره القاضي ابن كج، والمتولي: أنه لايعدل إلى الغنم مع القدرة على البقرة، لأنها أقرب إلى الإبل، ولو وَجَدَ ثلاث شياة بقيمة البدنة، فهل تجزيه؟ حكى ابن كج وجهين. قال "أبوالطيب ابن سلمة": لا ، بل عليه أن يتم السبع من عنده.

وقال أبوالحسين النسوي[(١)] - وهو شيخ من أصحابنا - كان في أيام أبي إسحاق، وابن خيران[(٢)] تجزيه لوفائهما بالقيمة، والأول أظهر.

واعلم أن اعتبار القيمة نقله الإمام وجهاً عن رواية صاحب "التقريب"[(٣)] نقل الشيء الغريب، من غير تمييز بين أن يطلق التزام البدنة، أو يقيد بالإبل ثم ضعفه.

والمشهور في كتب الأصحاب مابيناه، وقد نص الشافعي رضي الله عنه عليه، فقال في المختصر: "فإن كانت نيته على بدنه من الإبل، لم تجزه من البقر، والغنم، إلا بقيمتها"[(٤)].

وفي طريقة الصيدلاني: حمل هذا[(٥)] النص على ما إذا عين بعيراً، وقال: لله عليَّ أن أهدى هذا ثم أتلفه، فعليه أن يأتي بمثله.

وذكر الأصحاب وجهين: في أنه يتخير بين بدنة مثلها، وبين البقرة[(٦)]، والغنم، ينبغي أن يكون بقيمة البعير المعين.

---

(١) أبوالحسين النسوي "منسوب إلى نسا" مدينة معروفة.
لم ينقل عنه الرافعي، إلا في هذا الموضع. ثم ترجم له. انظر ترجمته في: طبقات الشافعية للإسنوي ٢/٢٦٤، ترجمة رقم ١١٥٨، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٢٠.

(٢) وابن خيران سبقت ترجمته ص١٦٥.

(٣) سبقت ترجمته ص١١٣.

(٤) انظر: الأم ٢/٢٥٨، الروضة ٣/٣٢٩، ومغني المحتاج ٤/٣٦٧.

(٥) "هذا" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: أ، ب، ظ "البقرة".

وعدَّا القاضي الروياني هذا التأويل غلطاً.

ولو نذر شاة فجعل بدلها بدنة، جاز، وهل يكون الكل فرضاً؟ ذكر فيه وجهان[١].

[فصل: في الصفات المعتبرة في الحيوان المنذور مطلقاً]

[قال الرافعي]: والوجه الثاني: البحث عن الصفات المرعية في الحيوان المنذور مطلقاً.

فإذا قال: لله علي أن أهدي بعيراً، او بقرةً، أو شاةً، فهل يشترط أن تكون في السن، بحيث يجزيء في الأضحية، وأن تكون سليمة من العيوب؟ فيه قولان بناءً على أن مطلق النذر، يحمل على أقل واجب، من ذلك الجنس، أو على أقل مايتقرب به؟

والظاهر الأول.

ولو قال: أضحي ببعير، أو بقرة، ففيه مثل هذا الخلاف. قال الإمام[٢]: وبالاتفاق لايجزيء "الفصيل"[٣]، لأنه لا يسمى بعيراً. ولا العجل إذا ذكر[٤] البقرة ولا السخلة[٥]، إذا ذكر [٦] الشاة".

ولو قال: أضحي ببدنة، أو أهدى بدنة، جرى الخلاف، ورأى الإمام هذه الصورة أولى باشتراط السن والسلامة، لشهرة إسم البدنة، في القرابين وهذا هو المذكور في الكتاب.

ولو قال: لله عليَّ هدي، أو أن أهدي، و لم يسمى شياً، ففيه القولان: إن قلنا: يحمل النذر على أقل مايتقرب به من جنسه، فيخرج عن النذر بكل منحة حتى الدجاجة والبيضة، وكل مايتمول، لأن اسم الهدي يقع على الجميع، ألا ترى أن في

---

(١) "أصحهما. نعم على اضطراب فيه" ذكره الشربيني في مغني المحتاج ٣٦٧/٤.

(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ لوحة ٩٧ - أ.

(٣) "الفصيل" هو ولد الناقة بعد فطامه، وفصله عن أمه. انظر: المصباح المنير ٤٧٤/٢.

(٤) في: أ، ب، ظ "ولمذكورة".

(٥) "السخلة" الذكر والأنثى من ولد الضأن، والمعز ساعة يولد. ينظر: المصباح ٢٦٩/١.

(٦) في: أ، ب، ظ "المذكورة".

قوله: ﷺ، في حديث الجمعة: و[١]من راح في الساعة الخامسة[٢] فكأنما أهدى بيضة"[٣].

وينسب هذا القول إلى "الإملاء" / والقديم. وعلى هذا لايجب تبليغه مكة، (٤٣٨/ز)
وصرفه إلى فقرائها، بل يجوز أن يتصدق به على غيرهم، قال الإمام[٤]: وكان شيخي يقول في درسه يجب تبليغه مكة[٥]، وهذا يناقض.

وإن قلنا: يحمل على أقل مايجب من جنسه حمل على مايجزي في الأضحية. وينسب هذا إلى الجديد[٦]، وبه قال: أبوحنيفة[٧]، وأحمد[٨]، وقد توجه بأن الهدى شرعاً عبارة عن ذلك، فيحمل اللفظ على المعنى الشرعي كنذر الصلاة، وعلى هذا فيجب تبليغه مكة، فإن محل الهدي الحرم. قال الله تعالى: ﴿**حتى يبلغ الهدى محله**﴾[٩] وفيه وجه ضعيف: أنه لايجب، إلا أن يصرح به.

ولو قال: علي أن أهدي الهدي، انصرف النذر إلى المعهود الشرعي، بالألف واللام، و لم يجروا فيه الخلاف.

ولو نذر أن يهدي مالاً معيناً، فيجب صرفه إلى مساكين الحرم.

وحكى القاضي ابن كج وجهاً ضعيفاً: أنهم، لايتعينون.

---

(١) في: ب سقط "و".

(٢) "الخامسة" ليست في: أ.

(٣) الحديث: متفق عليه من حديث أبي هريرة.
أخرجه البخاري في صحيحه ٢١٣/١، من كتاب الجمعة، باب فضل الجمعة، وأخرجه مسلم بشرح النووي ١٤٥/٦، كتاب الجمعة، باب فضل التجهيز يوم الجمعة.

(٤) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/لوحة ٩٧ - ب.

(٥) من "وصرفه إلى .... تبليغه مكة" ليست في: ب، ظ.

(٦) يعني يجب إيصاله إلى مكة. انظر الروضة ٣٣٠/٣. والأول هو الصحيح. وهو: أنه لايجب إيصاله مكة. كما ذكره النووي في الروضة ٣٣٠/٣.

(٧) انظر: الهداية ١٨٥/١ و ١٨٦.

(٨) انظر: المقنع ص ٨٥.

(٩) سورة البقرة آية ١٩٦.

ثم ينظر: إن كان المعين من النعم، كما إذا قال: أهدي هـذه البدنـة أو الشـاة، فيجب التصدق بها بعد الذبح، ولايجوز أن يتصدق بها حية، لأن في ذبحها قربة، وهل يجب الذبح في الحرم؟ فيه وجهان.

أصحهما نعم.

والثاني: يجوز أن يذبح خارج الحـرم، بشـرط أن ينقـل اللحـم إليـه[١] قبـل أن يتغير.

وقد سبق نظيره[٢]. وإن كان من غير النعم، فهو إما حيـوان لايجـوز التضحيـة به، أو مال آخر يتيسر نقله إلى الحرم، كما إذا قال: أهدي هذه الظبيـة، أو الطـائر، أو الحمار أو الثوب، فيجب حمله إلى الحرم.

وأطلق مطلقون أن مؤنة النقل على الناذر، فإن لم يكن له مال بيع بعضه، لنقل الباقي. واستُحسِن مايروى عن القفال: أنه إن[٣] قال: أهدي هـذا، فالمؤنـة عليـه. وإن قال: جعلته هدياً فالمؤنة فيه يباع بعضه، لكن قضية جعله هدياً، بـأن يبلـغ كلـه الحـرم فتلزم[٤] مؤنته، كما لو قال: أهدي، ثم إذا بلـغ الحـرم فالظـاهر، أنـه يجـب صرفـه إلى مساكين الحرم، فالمقصود من تبليغه مكة أن ينتفعوا به.

نعم، لو نوى صرفـه إلى تطييـب الكعبـة، أو جعـل الثـوب سـتراً لهـا، أو قربـة أخرى هناك، فله صرفه إلى مانوى. وفيه وجه:

[٥]وإن أطلق فله صرفه إلى مانوى. وحكى الإمام[٦] وجهاً أضعف من هذا، أن الثوب الصالح للستر يحمل عليه عند الإطلاق، وذكَـرَ أنّ قيـاس المذهـب. [والـذي][٧]

---

(١) في: ب "فيه".

(٢) انظر ص ٢٣٤ وما بعدها.

(٣) "إن" ليست في: ز.

(٤) في: أ، ب "فليلزم".

(٥) في: أ ، ز "أنه وإن".

(٦) انظر، نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/ ٩٧ – ب.

(٧) "والذي" هذه اللفظة أثبتناها من الروضة ٣٣٠/٣، لعـدم ورودهـا في جميـع النسـخ. وبدونهـا لايستقيم الكلام. وا لله أعلم.

صرح به الأئمة: أن ذلك المال المعين، يمتنع بيعه، وتفرقة ثمنه، بل يتصدق بعينـه، يـنزَّل تعيينه، منزلة تعيين الضحية، وتعيين الشارع في الزكوات، ويتصـدق بالظبيـة والطـائر، وما في معناهما، في الحياة، ولايذبح إذ لا قربة من ذبحها، ولو ذبحها، فنقصت القيمـة، تصدق باللحم، وغرم[1] مانقص، وفي "التتمة" وجه آخر: إنها تذبح، وطردهمـا فيمـا إذا أطلق ذِكْرَ الحيوان.

وقلنا: لا يشترط. أن يهدي ما يجزيء في الأضحية. والظاهر الأول.

ولو نذر إهداء بعيرٍ معيبٍ، فهل يذبحه؟ فيه وجهان مذكوران، في الكتاب:

أحدهما: نعم. نظراً إلى الجنس.

وأظهرهما: المنع، لأنه إذا لم يصلح للتضحية، لم يكن في ذبحـه قربـة، كالظبيـة وإن كان المال المعين مما لا يتيسـر نقلـه كـالدار والأرض، والشـجر، وحجـر الرحـى، فيباع، وينقل ثمنه فيتصدق[2] به على مساكين الحرم.

قال في "التهذيب": ويتولى الناذر البيع، والنقل بنفسه. ولم يذكروا أنه يُتَصدق بعينه، حيث هو على المساكين هناك، ولا يعد فيه.

وليُعْلم، لما تبين قوله في الكتاب "فلا يجزيه إلا الثني من الإبل"[3] بالواو. وقولـه "ويكفيه كل مايسمى منحة" بالحاء والألف.

وقوله: "ولا يجب تبليغه" بالواو.

وكذا قوله: "ويلزم تبليغ الحرم"، وكذا قوله: في مسألة: الظبيـة "لزمـه التبليـغ" للوجه الذي نقله القاضي ابن كج في كـل هـدى. وكـذا قولـه: "ولا يذبـح". وقولـه: "نقله إلى مكة"، وقوله "بمكة".

---

(١) في: ز "غره".

(٢) في: ز "ويتصدق".

(٣) "الإبل" ليست في: أ.

[فصل: وفيه فروع منثورة]

فروع: عن "الأم"[١]: لو قال: أنا أهدي هذه الشاة نذراً، فعليه أن يهديها إلا أن تكون نيته: أني سأحدث نذراً، أو سأهديها.

ولو نذر أن يهدي هدياً، ونوى بهيمة أو جدياً، أو رضيعاً، أجزأه، والقولان السابقان فيما إذا أطلق نذر الهدي، ولم ينو شيئاً.

ولو نذر أن يهدي شاة عوراء، أو عمياء، أو ما لايجوز في التضحية[٢] إهداؤه.

ولو أهدي تاماً، كان أحبَّ إليَّ".

[قال الغزالي]: (**قال: والظاهر أن مكة لا تتعين للصوم في النذر، وإن تعينت للصدقة والصلاة.**

ولو قال: عليَّ أن أستر الكعبة، أو أطيبها لزمه.

ويجوز ستر الكعبة بالحرير، لأنه محرم على[٣] الرجال فقط، وفي نذر تطييب مسجد المدينة، والمسجد[٤] الأقصى تردد).

[فصل: في تعيين نذر الصوم في بلد]

[قال الرافعي]: في هذه البقية. صورتان: إحداهما. ظاهر المذهب، أنه إذا نذر أن يصوم في بلد، لم يتعين ذلك البلد، بل له أن يصوم حيث شاء، يستوي فيه حرم مكة، وغيره.

كما أن الصوم الذي هو بدل واجبات الإحرام، لايختص بالحرم.

وعن صاحب "التلخيص" : أنه إذا عين الحرم اختص به تخريجاً من الصلاة والصدقة[٥].

---

(١) انظر: ٢/٢٥٨.

(٢) في: ز "الضحية".

(٣) في: ز "بالرجال".

(٤) في: أ "مسجد".

(٥) انظر: التلخيص ص ٦٤٤ وقد ورد بهامشه رقم٣ التعليق التالي: قال صاحب "العدة والبيان" قال أصحابنا: هذا غلط، فإن الصوم لا يختص بالحرم، بل يجوز حيث شاء، لأن الصوم

=

الثانية: ستر الكعبة، وتطييبهـا مـن القربـات، فـإن النـاس اعتادوهمـا علـى مـرِّ الأعصار، ولم يبد من أحد نكير، ولا فرق بين الحرير وغيره. وإنما ورد تحريم لبسه[١]، في حق الرجال، وذكرنا في "بـاب الزكـاة"[٢]، أن الأظهـر: أنـه لايجـوز تحليـة الكعبـة بالذهب، والفضة، وتعليق قناديلها[٣] و[٤]كأنَّ الفرق استمرار الخلق على ذلك[٥] دون هذا، فلو[٦] نذر ستر الكعبة، وتطييبها، صح نذره.

وإذا نـذر أن يجعـل مايهديـه في رتـاج[٧] الكعبـة، وتطيـيـبها، قـال إبراهيـم المروروذي: ينقله إليها ويسمله إلى / القيِّم، ليصرفه إلى الجهة المنـذورة، إلا أن يكـون (٤٣٩/ز) قد نص في نذره أن يتولى ذلك بنفسه.

ولو نذر تطييب مسجد المدينة، والمسجد الأقصى، وغيرهما من المساجد. ففيه ترددٌ للإمام.

ومال الإمام، إلى تخصيصه بالكعبة، والمسجد الحرام[٨]. وهاهنا فائدتان:

إحداهما: احتج الإمام لصحة النذر، في المسألة: على أن القربات كلهـا يصـح نذرها، وإن لم توضع، وضع العبادات على ماتقدم.

= لايختلف باختلاف الأمكنة، ولهذا لا يختص الصوم الـذي هـو بـدل الهـدي بـالحرم، وإن كـان مبدله الذي هو الهدي يختص بالحرم.
وقال أبوزيد المروزي: ماقاله صاحب "التلخيص" يحتمل، لأن الحرم يختـص بأشـياء، والمذهـب الأول، واتفق صاحب "التلخيص"، وأبوزيد، وسائر الأصحـاب علـى أنـه إذا نـذر الصـوم في موضع غير الحرم مكة لا يتعين، بل يصوم حيث شاء" ا.هـ.
وانظر: الروضة ٣٣٠/٣، والمجموع ٤٧٨/٨.

(١) في: ز "لبس الحرير".

(٢) انظر: الوجيز ٩٤/١، والعزيز ١٠٢/٣ و ١٠٣.

(٣) في: ز "قناديلهما".

(٤) "و" ليست في: أ.

(٥) في: ب "ذاك".

(٦) في: ز "ولو".

(٧) "الرِّتاج" بالكسر الباب العظيم والباب المغلق أيضاً وجعل فـلان مالـه في "رتـاج" الكعبـة أي نذره هدياً وليس المراد نفس الباب، قاله في المصباح ٢١٨/١.

(٨) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٢٧/لوحة ٩٨ – أ.

والثانية: أغرب القاضي ابن كج، فحكى وجهاً، أنه لايجوز الوقف على البنيان، كالوقف على المسجد، والكعبة، ونحوهما، وإنما الوقف على من يملك، وذكر على هذا أنه لايجوز أن يُقْصَدَ كون الستر، والطيب للكعبة، بل ينبغي أن يجعله لعامة المسلمين، ليتجملوا به. ولا أدري هل جرى[١] ذكر هذا الوجه في الوقف أم لا؟ والله أعلم.

[فصل: في فروع منثورة]

[قال الرافعي] فروع: نقل "القاضي ابن كج" وجهين، فيما لو قال: إن شفى الله مريضي فلله على أن أُعَجِّلَ زكاة مالي هل يصح نذره؟ ووجهين فيما إذا قال: إن شفى[٢] الله مريضي فلله عليَّ أن أذبح عن[٣] ابني. هل يلزمه[٤] الذبح لابنه[٥]؟ لأن الذبح عن الأولاد مما يتقرب به، ووجهين فيما إذا قال: لله عليَّ إن شفى الله مريضي أن أذبح ابني، فإن لم يجز فشاة، مكانه: هل يلزمه ذبح شاة؟ ووجهين فيما لو نذر النصراني أن يصلي ويصوم، ثم أسلم، هل يلزمه أن يصلي صلاة شرعنا ويصوم[٦] صومه؟

وأنه لو نذر أن يصوم[٧] بمكة ثلاثة أيام مثلاً، فلا يختص الصوم بمكة وزاد فقال: إن قلنا: لايجوز دخول مكة إلا بحج، أو عمرة، انعقد النذر، ولزمه قصد مكة بحج، أو عمرة.

وإن قلنا: يجوز فهل يلزمه أن يقصد مكة؟ فيه قولان، كما لو نذر المضِيَّ إلى مسجد المدينة، أو مسجد بيت المقدس.

---

(١) في: أ "يجري".
(٢) في: ز "لله عليَّ إن شفى الله أن أذبح".
(٣) في: أ، ب ، ظ "لابني".
(٤) في: أ "يلزم".
(٥) في: ز "عن ابنه".
(٦) "يصوم" ليست في: أ، ب، ظ.
(٧) قال النووي: "قلت: الأصح في الصورة الثانية: الصحة، وفي الباقي البطلان. والله أعلم" الروضة ٣/٣٣٢.

وفي فتاوى القفال: أنه إذا نذر رجل أن يضحي بشاة، ثم عين شاة لنذره فلما قدمها للذبح صارت معيبة، ولا يجزي، وبمثله لو نذر أن يهدي شاة ثم عين واحدة، وذهب بها إلى مكة، فلما قدمها للذبح تعيبت. تجزي لأن الهدي مايهدى إلى الحرم، وبالبلوغ إليه حصل الإهداء، والتضحية لاتحصل إلا بالذبح. وأن صاحب "التقريب" قال: لو قال رجل إن شفى ا لله مريضي فلله[١] عليَّ أن أشتري بدرهم، خبزاً واتصدق به، لا[٢] يلزمه الشراء، بل له أن يتصدق بخبزٍ آخر بقدر درهم.

وأنه لو قال: إن شفى ا لله مريضي فلله على رجلي حجٌ ماشياً، يصح نذره، إلا أن يريد إلزاماً على الرجل خاصة.

ولو قال: على نفسي، أو رقبتي، صحَّ.

وأنه إذا نذر إعتاق رقبة وكان عليه إعتاق رقبة في الكفارة، فأعتق رقبتين، ونواهما عن الواجب، جاز.

وإن لم يُعَيِّنْ كما إذا كانت عليه كفارتان مختلفتان.

وأنه لو نذر صلاتين، لم يخرج عن نذره بأربع ركعات بتسليمة واحدة.

وأنه لو قال: إن شفى ا لله مريضي فلله عليَّ أن اتصدق بشيء صح نذره، ويتصدق بما شاء، من قليل وكثير.

ولو قال: فعليَّ ألف، ولم يعيِّن شيئاً باللفظ ولا بالنية، لم يلزمه شيء.

وأنه لو نذر صوم شهر ومات قبل إمكان الصوم، يُطْعِمُ عنه، لكل يوم مدٌ، بخلاف مالو لزمه قضاء رمضان لمرضٍ، أو سفرٍ ومات قبل إمكان القضاء، لا يُطعِم عنه، لأن المنذور يستقر بنفس النذر.

وبني على هذا: أنه إذا حلف وحنث في يمينه، وهو مُعْسِر فرضُهُ الصيام، فمات قبل الإمكان يُطْعِم عنه. وأنه لو نذر حجة، ومات قبل الإمكان يُحَجُ عنه،

---

(١) في: ز "فوا لله لا أعتقنَّ هذا العبد، انعقد نذره، وهو غلط وليس هذا بنذر، بل هو تعليق باليمين بصفة".

(٢) في: ب، ظ "فلا".

وهذا يخالف ماقدمناه في الحج.

في "تفسير أبي نصر القشيري"[1]: أن القفال قال: من التزم بالنذر أن لايكلم الآدميين، يحتمل أن يقال: يلزمه، لأنه مما يتقرب به، ويحتمل أن يقال: لا[2]، لما فيه من التضييق والتشديد، وليس ذلك من[3] شرعنا، كما لو نذر الوقوف في الشمس[4]. وا لله أعلم بالصواب.

---

(١) هو: عبد الرحيم بن عبد الكريم بن هوازن القشيري، الأستاذ أبونصر ابن الأستاذ أبي القاسم النيسابوري، تخرج بوالده بعد أن أحسن تربيته، لزم إمام الحرمين، فأتقن عليه الأصول والفروع والخلاف، وغير ذلك من العلوم. وكان له موقع عظيم عنده حتى أنه نقل عنه في موضع من كتابه "النهاية" مع كونه شاباً إذ ذاك لزم أبوإسحاق الشيرازي وغيره من الأئمة مجلس وعظه. توفي رحمه ا لله سنة (٥١٤هـ)

انظر ترجمته في: طبقات الشافعية للإسنوي ١٤٩/٢ و ١٥٠، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٨٥/١ و ٢٨٦.

(٢) قال النووي: "الاحتمال الثاني، أصح". الروضة ٣٣٤/٣.

(٣) في: ز "في".

(٤) "في الشمس" ليست في: أ.

كتاب أدب القاضي

وفيه أربعة أبواب

الباب الأول : في التولية والعزل.

الباب الثاني: في جامع آداب القاضي.

الباب الثالث: في القضاء على الغائب.

الباب الرابع: في القسمة.

بسم الله الرحمن الرحيم

(قال حجة الإسلام: [الغزالي] رحمه الله: كتاب أدب القاضي وفيه أربعة أبواب.

الباب الأول: في التولية والعزل. وفيه فصلان.

الفصل[١] الأول: في التولية. وفيه مسائل.

الأولى[٢]: أن القضاء والإمامة فرض على الكفاية. لما فيه من مصالح العباد).أهـ.

[فصلٌ: في إيراد طرف من الآيات والأحاديث الواردة في القضاء وتعريفه]

[قال الرافعى] تـتيمّنُ أولاً: بـإيراد طرف من الآيات، والأخبار الواردة[٣] في الباب قال تعالى: ﴿وإن احكم بينهم بما أنزل الله﴾.[٤]

وقال: عز اسمه. "وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط"[٥]

وقال تعالى: ﴿وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾[٦] وقال عز وجل: ﴿إنا أنزلنا عليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾[٧]

ونُقِلَ عن رسول الله ﷺ : أنه قال: "إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر، وإن أصاب فله أجران"[٨]

---

(١) "الفصل" ليست في: ز.

(٢) في: ز "المسألة الأولى".

(٣) "الواردة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) سورة المائدة، آية ٤٩.

(٥) سورة المائدة، آية ٤٢.

(٦) سورة النساء، آية ٥٨.

(٧) سورة النساء، آية ١٠٥.

(٨) الحديث: متفق عليه أخرجه البخاري ١٥٧/٨ من كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة - باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ.

=

وأيضاً قال[١] عليه السلام: "السابقون إلى ظل الله تعالى يوم القيامة الذين إذا أعطوا الحق قبلوه وإذا سُئِلوا بذلوه، وإذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لأنفسهم"[٢]. وأيضاً: "اذا جلس الحاكم للحكم بعث الله ملكين يسددانه، ويوفقانه، فإن عدل أقاما، وإن جار عرجا، وتركاه"[٣]. ويروى أنه ﷺ: بعث علياً. كرم الله

= وأخرجه مسلم بشرح النووي ١٣/١٢ من كتاب الأقضية باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ.

وانظر: التلخيص الحبير ٤/١٨٠.

(١) "قال" ليست في: أ.

(٢) الحديث: أخرجه أحمد في مسنده ٦/٦٧-٦٩ من حديث ابن لهيعة عن خالد بن أبي عمران عن القاسم بن محمد عن عائشة، ورواه أبونعيم في الحلية، وقال: تفرد به ابن لهيعة، عن خالد. قلت: وتابعه يحي بن أيوب عن عبيد الله بن زجر عن على بن زيد، عن القاسم، وهو ابن عبدالرحمن عن عائشة، ورواه أبوالعباس بن القاص في كتاب أدب القضاء له، ولمسلم من حديث عبد الله بن عمرو. "المقسطون عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن، وكلتا يديه يمين، الذين يعدلون في حكمهم، وأهليهم، وما ولوا، قال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه: الصحيح أنه موقوف" ذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/١٨١ و ١٨٢.

(٣) الحديث: أخرجه البيهقي ١٠/١٥١ من كتاب آداب القاضي، باب فضل من ابتلى بشيئ من الأعمال.

من طريق الأشعري يحيى بن بريد عن ابن جريج، عن عطاء عن ابن عباس رفعه، إذا جلس القاضي في مكانه، هبط عليه ملكان يسددانه ويوفقانه، ويرشدانه مالم يجر، فإذا جار عرجا، وتركاه".

واسناده ضعيف قال صالح جزرة: هذا الحديث ليس له أصل.

وروى الطبراني معناه من حديث واثلة بن الأسقع، وفي البزار من رواية إبراهيم بن خيثم ابن عراك عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً: من ولي من أمر المسلمين شيئاً وكل الله به ملكاً عن يمينه، أحسبه قال: وملكاً عن شماله، يوفقانه ويسددانه، إذا أريد به خيراً، ومن ولي من أمر المسلمين شيئاً، فأريد به غير ذلك وكل إلى نفسه، قال: ولا نعلمه يروى بهذا اللفظ إلا من حديث عراك، وابراهيم ليس بالقوي. وروى الترمذي وابن ماجه وابن حبان والحاكم والبيهقي من حديث عبد الله بن أبى أوفى: إن الله مع القاضي مالم يجر" زاد البيهقي: فإذا جار تخلى عنه، ولزمه الشيطان. وزاد ابن ماجة: فإذا جار وكله الله إلى نفسه، وللحاكم فإذا جار تبرأ الله منه. وقال: الترمذي: حسن غريب لانعرفه إلا من حديث عمران القطان.

قلت: وفيه مقال إلا أنه ليس بالمتروك، وقد استشهد به البخاري، وصحح له ابن حبان والحاكم.

=

وجهه إلى اليمن قاضياً، فقال: يارسول الله بعثتني أقضي بينهم وأنا شاب لا أدري ما القضاء. قال: علي رضي الله عنه: "فضرب رسول الله ﷺ في صدري وقال: اللهم اهده وثبت لسانه، فوالذي خلق الجنة / ماشككت في قضاء بين اثنين[١]". (٤٤٠/ز)

وأنه صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذاً رضي الله عنه إلى اليمن قال له: كيف تقضي، إذا عُرِضَ لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله. قال: فإن لم تجد في كتاب الله، قال: فبسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد؟ قال: أجتهد رأيي، ولا آلو. فضرب صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضاه رسول الله"[٢].

= وروى الطبراني في "الأوسط" من رواية عبد الأعلى الثعلبي عن بلال بن أبي بردة الأشعري عن أنس: أن الحجاج أراد أن يجعل إليه قضاء البصرة فقال أنس: سمعت رسول الله ﷺ يقول: من طلب القضاء واستعان عليه وكل إلى نفسه، ومن لم يطلبه و لم يستعن عليه، أنزل الله عليه ملكا يسدده".

وقال: لايروى عن أنس إلا بهذا الإسناد، تفرد به عبد الأعلى عن بلال بن مرداس عن خيثمة عن أنس، وقال: لانعلمه عن أنس إلاّ من هذا الوجه، قال: وروى عن عبد الأعلى بغير ذكر خيثمة.

قلت: طريق خيثمة أخرجه أبوداود والترمذي والحاكم، ذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨١/٤.

وانظر: أبو داود ٣٠٠/٣ رقم ٣٥٧٨، من كتاب الأقضية، باب في طلب القضاء والتسرع إليه. وابن ماجه ٧٧٤/٢، كتاب الأحكام، باب ذكر القضاة. والترمذي ٣٩٢/٢، من أبواب الأحكام، باب ماجاء عن رسول الله في القاضي. والحاكم ٩٩/٤، من كتاب الأحكام.

(١) الحديث أخرجه أبوداود ٣٠١/٣، من كتاب الأقضية باب كيف القضاء.

وابن ماجه ٧٧٤/٢، من كتاب الأحكام، باب ماجاء في القاضي لايقضي بين الخصمين، والحاكم ٩٩/٤، من كتاب الأحكام.

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٢/٤ "أبوداود والحاكم وابن ماجه والبزار والترمذي من طرق عن علي، أحسنها رواية البزار عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي، وفي إسناده عمرو ابن أبي المقدام، واختلف فيه على عمرو بن مرة، فرواه شعبة عنه عن أبي البختري قال: حدثني من سمع علياً أخرجه أبويعلي، وإسناده صحيح لولا هذا المبهم، ومنهم من أخرجه عن أبي البختري عن علي كما سيأتي بعد.

ومنها رواية البزار أيضاً عن حارية بن مصرف عن علي، قال: وهذا أحسن أسانيده.

ومنها: وهي أشهرها رواية أبي داود وغيره من طريق سمالك ...

(٢) الحديث: أخرجه أحمد ٢٣٦/٥ و ٢٤٢. وأبوداود ٣٠٣/٣ من كتاب الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء.

=

ونقول ثانياً: "القضاء على ماذكره أئمة اللغة، والفقه.

إحكام الشيء، وإمضاؤه. ومنه ﴿**وقضينا إلى بني إسرائيل**﴾[١]. والقضاء الإتمام، ومنه ﴿**فإذا قضيتم مناسككم**﴾[٢] والقضاء: الفراغ، ومنه ﴿**فوكزه موسى فقضى عليه**﴾[٣] أي قتله وفرغ منه.

= والترمذي ٣٩٤/٢، من أبواب الأحكام، باب ماجاء في القاضي كيف يقضي، حيث قال: "هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده عندي بمتصل"

قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٢/٤، قال البخاري في تاريخه: الحارث بن عمرو عن أصحاب معاذ، وعنه أبوعون لايصح، ولايعرف إلا بهذا، وقال الدارقطني في العلل: رواه شعبة عن أبي عون هكذا، وأرسله ابن مهدي وجماعات عنه، والمرسل أصح قال أبوداود: أكثر ماكان يحدثنا شعبة عن أصحاب معاذ: أن رسول الله، وقال مرة عن معاذ، وقال ابن حزم: لايصح، لأن الحارث مجهول، وشيوخه لايعرفون، قال: وادعى بعضهم فيه التواتر، وهذا كذب بل هو ضد التواتر، لأنه مارواه أحد غير أبي عون عن الحارث، فكيف يكوان متواتراً، وقال عبد الحق، لايسند، ولا يوجد من وجه صحيح، وقال ابن الجوزي في العلل المتناهية: لايصح، وإن كان الفقهاء كلهم يذكرونه في كتبهم، ويعتمدون عليه، وإن كان معناه صحيحاً، وقال ابن طاهر في تصنيف له مفرد في الكلام على هذا الحديث: اعلم أنني فحصت عن هذا الحديث في المسانيد الكبار والصغار وسألت عنه من لقيته من أهل العلم بالنقل، فلم أجد له غير طريقين، أحدهما طريق شعبة، والأخرى عن محمد بن جابر عن أشعث بن أبي الشعثاء عن رجل من ثقيف عن معاذ، وكلاهما لايصح، قال: وأقبح مارأيت فيه قول إمام الحرمين في كتاب أصول الفقه، والعمدة في هذا الباب على حديث معاذ، قال: وهذه زلة منه، ولو كان عالماً بالنقل لما ارتكب هذه الجهالة قلت: أساء الأدب على إمام الحرمين، وكان يمكنه أن يعبر بألين من هذه العبارة، مع أن كلام إمام الحرمين أشد مما نقله عنه، فإنه قال: والحديث مدون في الصحاح، متفق على صحته، لا يتطرق إليه التأويل، كذا قال رحمه الله، وقد أخرجه الخطيب في كتاب الفقيه والمتفقه من رواية عبد الرحمن بن غنم عن معاذ بن جبل، فلو كان الإسناد إلى عبد الرحمن ثابتاً، لكان كافياً في صحة الحديث، وقد استند أبوالعباس بن القاص في صحته، إلى تلقي أئمة الفقه والاجتهاد له بالقبول، قال: وهذا القدر مغن عن مجرد الرواية، وهو نظير أحدهم بحديث: لا وصية لوارث، مع كون رواية إسماعيل بن عياش.

(١) سورة الإسراء، آية ٤.

(٢) سورة البقرة، آية ٢٠٠.

(٣) سورة القصص، آية ١٥.

ويقال: قضيت حاجتي، وسِمّ قاضٍ أي قاتل، فسمي القضاء قضاءً، لأن القاضي يتم الأمر بالفصل، ويمضيه ويفرغ منه، وسُمِّي حاكماً[١]، لما فيه من منع الظالم من الظلم. ومنه الحِكْمَة، والحَكَمَةُ. ويقال: أَحْكَمْتُ السفيه. إذا أخذت على يده، ومنعته[٢].

ونقول ثالثاً: ترجمة الكتاب تتركب عن جزأين "أدب"، و "قضاء"، ولاشك أن القضاء لايثبت للشخص من ذاته، وإنما هو ولاية تثبت بالتولية، وتزول بالعزل، تارة، وبالانعزال أخرى. ثم آداب[٣] القاضي، وأعماله، تنقسم إلى مايشترك فيه القضاء على الحاضر، والقضاء على الغائب، وإلى مايختص بما إذا كانا لمقضي عليه غائباً، فأودع "المصنف هذه الجمل في ثلاثة أبواب باب في التولية والعزل.

وباب في آداب القاضي[٤] وأعماله على العموم.

وباب فيما يتعلق بالقضاء على الغائب خاصة.

وأما الباب الرابع المعقود في القسمة، فإنه اتبع فيه[٥] الشافعي رضي الله عنه والأصحاب، حيث أوردوا القسمة في خلال الأقضية، أو على أثرها، وسببه أن القاضي لايستغني عن القَسَّامِ للحاجة إلى قسمة المشتركات، بل القَسَّامُ كالحاكم، لما سيأتي فحسن الكلام في القسمة مع الأقضية[٦]، هذا ضبط الأبواب.

[الباب الأول وفيه فصلان]

[قال الرافعي] أما الباب الأول: ففيه فصلان:

---

(١) في: أ، ب، ط "حَكَماً".

(٢) انظر: مقاييس اللغة لابن فارس ٩٩/٥، ولسان العرب ٢٠٩/١١، والقاموس المحيط ٣٧٨/٤ و ٣٧٩.

وأما كتب الفقه فيراجع، شرح الجلال المحلى ٢٩٥/٤، ومغني المحتاج ٣٧١/٤، ونهاية المحتاج ٢٢٤/٨.

(٣) في: ز "أدب".

(٤) في: ز "القضاء".

(٥) في: ز "الإمام الشافعي".

(٦) في: ز "الأضحية".

حكم القضاء والحكمة من مشروعيته

أحدهما: في طرف التولية، وأول ما أفتتح به الفصل: أن القضاء والإمامة من فروض الكفايات، لاغنى عنهما بالإجماع، لأن الظلم من شيم النفوس، ولابدَّ من حاكم ينصف للمظلومين من الظالمين.

وأيضاً، فيما يتعلق بهما من الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر.

وقد روي أن النبي ﷺ قال: إن الله تعالى لايُقَدِّسُ أمةً ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه"[1].

ويجوز أن يوضع على لفظ المسألة من الكتاب، "واوٌ"، لأن بعض الأصحاب، فيما حكى القاضي ابن كج ذهب إلى أن القضاء مكروه احتجاجاً بالأحاديث المحذرة[2] في الباب، كما روى أنه ﷺ قال: "من جُعِلَ قاضياً فقد ذبح بغير سكين"[3].

---

(١) الحديث: قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٣/٤ و ١٨٤ "... ابن خزيمة وابن ماجه وابن حبان من حديث جابر بلفظ "كيف تقدس أمة لايؤخذ لضعيفهم من شديدهم" وفيه قصة، وفي الباب عن بريدة رواه البيهقي، وعن أبي سعيد رواه ابن ماجه، وغير قابوس بن المخارق عن أبيه رواه الطبراني، وابن قانع، وعن خولة غير منسوبة، يقال: إنها امرأة حمزة رواه الطبراني، وأبونعيم، وروى الحاكم والبيهقي من حديث عثمان بن جبلة عن سماك عن شيخ، عن أبي سفيان بن الحارث بن عبد المطلب رفعه: "إن الله لايقدس أمة لا تأخذ للضعيف من القوي حقه"، وهو غير متمتع، ورواه الحاكم من حديث شعبة عن سماك عن عبد الله بن أبي سفيان بن الحارث به في قصة، قال البيهقي: المرسل أصح،وقال الحاكم: الموصول صحيح، والمرسل مفسر لاسم المبهم الذي في الموصول، هذا معنى كلامه، وفيه نظر".
انظر: ابن ماجه ١٣٢٩/٢ برقم (٤٠١٠) من كتاب الفتن، باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والبيهقي ١٦٠/١٠، من كتاب آداب القاضي، باب مايستدل به على أن القضاء وسائر أعمال الولاه ... الخ".

(٢) في: أ، ب، ظ "المحذورة".

(٣) الحديث: أخرجه أبوداود ٢٩٨/٣، من كتاب الأقضية، باب في جلب القضاء. والترمذي ٣٩٣/٢، من أبواب الأحكام، باب ماجاء عن رسول الله في القاضي. حيث قال: "هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه" ابن ماجه ٧٧٤/٢، رقم (٢٣٠٨).
والبيهقي ١٦٤/١٠، كتاب آداب القضاء، باب كراهية الإمارة.
قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٨٤/٤ "رواه أصحاب السنن والحاكم والبيهقي من حديث أبي هريرة، وله طرق، وأعله ابن الجوزي فقال: هذا حديث لايصح، وليس كما قال، وكفاه قوة تخريج النسائي له ...".

وروي أنه قال ﷺ "يجاء بالقاضي العدل يوم القيامة فَيَلْقَىٰ من شدة الحساب مايتمنى أنه لم يقضِ بين اثنين في تمرة قط"(١).

ومن قال: بظاهر المذهب قال: المقصود من التحذير بيانُ عِظَمِ خَطَرِهِ، وأن من استُقْضِيَ فقد حَمَلَ أمراً تام الوقع، فإن جار فيه هلك، وإن عدل فاز بخير كثير.

وهكذا يكون شأن الأمور الخطيرة.

وأيضاً فإن من ا لناس من يكره له القضاء، أو يحرم(٢) على ماسنبين [من](٣) التفصيل(٤). فليتحمل التحذيرات عليه جمعاً بين الأخبار.

وإذا قلنا: بالظاهر، فإذا قام بعض الصالحين للقضاء به سقط الفرض عن الباقين، وإن امتنع الكلُّ أثموا.

ثم الإمام يجبر واحداً منهم كيلا تتعطل المصالح، أولا يجبر لئلا يلتحق فرض الكفاية بفرض العين، فيه وجهان أشبههما الأول(٥).

(قال [الغزالي]: لكن فيه خطر، فلا ينبغي أن يقدِمَ عليه إلا من وثق بنفسه، وأخذَهُ بغيرِ سؤالٍ حسنٌ، وأخذه يطلبٍ فيه كراهية، لكن(٦) إن تعين للولاية، ولم يصلح غيره. وجب الطلب، وإن خاف على نفسه الخيانة، لكن يجب عليه ترك الخيانة، وإن وُجد من هو أصلح منه حرم الطلب. فإن قُلِّدَ ففي انعقاد الإمامة(٧)

---

(١) الحديث: قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٤/٤ "أحمد ٧٥/٦، والعقيلي، وابن حبان، والبيهقي من حديث عائشة قال العقيلي: عمران بن حطان الراوي عن عائشة لايتابع عليه، ولا يتبين لي سماعه عنها، قلت: وقع في رواية الإمام أحمد من طريقه، قال: دخلت على عائشة فذكرتها، حتى ذكرنا القاضي فذكره".
انظر: البيهقي ١٦٥/١٠، كتاب آداب القاضي، باب كراهية الإمارة.

(٢) في: أ "ويحرم".

(٣) "من" ليست في جميع النسخ. ولكن اثبتناها هنا حتى يستقيم المعنى. والله أعلم.

(٤) انظر: الحاوي ٦٠/٢٠ وما بعدها. والمهذب ٣٧١/٢، والروضة ٩٢/١١، ومغني المحتاج ٣٧٢/٤.

(٥) وهو الصحيح: انظر الروضة ٩٢/١١، انظر: مغني المحتاج ٣٧٢/٤.

(٦) في: ب "ولكن".

(٧) في: ز "الإمام".

للمفضول خلاف. فإن منعنا[١] ففي القضاء تردد، والأصح أنه ينعقد، فإن وجد من هو مثله، جاز القبول، وكره الطلب إذا لم يكن له[٢] حاجة إلى رزق جديد[٣]، وإن وجد من هو دونه، وقلنا: لاينعقد للمفضول وجب الطلب.

وإن قلنا: ينعقد، لم يجب، وجاز طلبه[٤]، وفي وجوب القبول إذا قُلِّد من غير طلب، وجهان: وحيث لايجب الطلب، فإنما يباح القبول والطلب، إذا لم يخف على نفسه الخيانة، فإن خاف فليحذر).

[في طلب القضاء وأحوال الناس فيه]

[قال الرافعي] قوله "لكن فيه خطر" أراد به أن الولاية لما أنها تفيد قوة بعد ضعف، وقدرة بعد عجز، تتخذها النفس المجبولة على الشر ذريعة إلى الانتقام من العدو والنظر للصديق، وتتبع الأغراض الفاسدة، ولا توثق بحسن عاقبتها، وسلامة مجاورتها، فالأولى أن لايطلب ما أمكن، ولذلك، قال ﷺ : لعبد الرحمن بن سمرة "لاتسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها عن غير مسألة أعِنْتَ عليها"[٥].

وتفصيل حال الناس فيه: أن الشخص إما أن لايصلح للقضاء، فلا يجوز تقليده، ولا يجوز له التقليد، والطلب، وإما أن يصلح له، فإما أن يتعين، أو يكون هناك غيره.

الحالة الأولى: إذا تعين للقضاء، وجب عليه القبول، ويجب أن يطلبه، ويشهر نفسه عند الإمام إن كان خاملاً[٦]، ولايعذر بأن يخاف من نفسه الميل، والخيانة بل عليه أن يقبل ويتحرز، فإن امتنع عصى.

---

(١) "فإن منعنا ف" ليست في: ب، ز ، ظ.
(٢) في: ز "به".
(٣) "جديد" ليست في: ز.
(٤) "طلبه" ليست في: ب، ز، ط.
(٥) الحديث: متفق عليه أخرجه البخاري ١٠٦/٨، من كتاب الأحكام، باب من سأل الإمارة وُكل إليها، ومسلم بشرح النووي ١٠٦/١٢ و ١٠٧، من كتاب الإمارة، باب النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها.
(٦) الخامل: "أي ساقط النباهة لا حظّ له". المصباح ١٨٢/١.

وهل يجبره الإمام عليه؟ قيل: لا، لما روي أنه ﷺ قال: إنا لا نُكْرِهُ على القضاء أحداً"[١]، والأكثرون حملوا الحديث على حالة عدم التعيين، وحكموا بالإجبار، لأن الناس مضطرون إلى علمه ونظره، فأجبر على البذل، كما يجبر المالك على بذل الطعام للمضطر، وكما يجبر على القيام بسائر فروض الكفايات عند التعيين، وربما تردد الناظر في الأخبار / من جهة أن الإمتناع عن هذا الفرض الذي هو مناط المصالح العامة بعدما (٤٤١/ز)
تعين. يشبه أن يكون من الكبائر، وحينئذٍ فيفسق به ويخرج عن أهلية القضاء لفوات شرط العدالة فكيف يولى، ويجبر على القبول؟ ويمكن أن يكون المراد أنه يؤمر بالتوبة، أولا، فإذا تاب تَوَلَّى[٢].

الحالة الثانية: أن لايتعين بل يكون هناك غيره ممن يصح للقضاء، فذلك الغير، إما أن يكون أصلح، وأولى منه، أو يكون مثله، أو دونه. إن كان أصلح[٣] فيرتب[٤] على أن الإمامة العظمى.

هل تنعقد للمفضول؟ وفيه: قولان للمتكلمين، والفقهاء.

أحدهما: المنع رعايةً لزيادة[٥] الفضيلة.

وأصحهما: الانعقاد، لأن تلك الزيادة خارجةٌ عن حدِّ الإمامة، فأشبه إمامة الصلوات، وسائر المناصب الدينية.

والقضاء أولى أن[٦] يجوز تفويضه إلى المفضول، لأن الغائب بتولي المفضول الإمامة، لايتدارك، والغائب في القضاء يتدارك، ينظر من فوقه من الولاية، فإن لم نُجَوِّز

---

(١) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٤/٤ "لم أجده هكذا، وفي المعنى حديث ابن مسعود: بعثني رسول الله ﷺ ساعياً، وقال: لا ألقينك يوم القيامة تجيء وعلى ظهرك بعير له رغاء قد غللته، قال: إذاً لا أنطلق، قال: إذا لا أكرهك، أخرجه أبوداود".

(٢) قال النووي في الروضة ٩٢/١١ "قلت: وينبغي أن يقال: لايفسق، لأنه لايمتنع غالباً إلا متأولاً، وهذا ليس بعاصٍ قطعاً، وإن كان مخطئاً. والله أعلم".

(٣) في: ز "أصلى".

(٤) في: ب، ظ "ورتب".

(٥) في: ز "لزيادة رعاية". تقديم وتأخير، وهو غير صحيح.

(٦) في: ب "بأن".

للمفضول القضاء، حرمت توليته، وحرم عليه الطلب، والقبول، وإن جوزناه جاز القبول، وأما الطلب فيكره، أو يحرم[١]؟ فيه. وجهان منقولان، في "الوسيط"[٢].

أظهرهما: وهو المذكور في "التهذيب". الإقتصار على الكراهية، وإذا كان الأصلح لايتولى القضاء، فهو كما لو لم يوجد الأصلح، وإن كان هناك مثله، فله القبول، إذا قُلِّدَ، وفي الوجوب وجهان قريبان، من الوجهين، في أنَّه إذا امتنع الكلُّ هل يجبر الإمام أحدهم؟

والأظهر: ههنا عدم الوجوب، لأنه قد يقوم به غيره، وأما الطالب، فإن كان حامل الذكر. ولو ولي القضاء أشتهر[٣]، وانتفع الناس بعلمه، فيستحب له الطلب، وإن كان مشهوراً، ينتفع بعلمه، فإن لم يكن له كفاية، ولو وُلِّيَ لصار[٤] مَكْفِيًّاً من بيت المال.

فعبارة الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمعظم: أنه يستحب له الطلب أيضاً، لنيتفع به[٥]، وضايق بعضهم في الاستحباب هاهنا، واقتصر على نفي الكراهة[٦]. وعن القفال: أنه لايستحب الطلب بحال، لظاهر حديث عبد الرحمن بن سمرة - رضي الله عنه - والأظهر: الأول. وإن كان مع الشهرة مَكْفِيًّاً، فيكره له الطلب، ومنهم من لا يطلق لفظ الكراهة[٧]، ويقتصر على أن الأولى، أن لايطلب، والسبب فيه ماَمرَّ من التحذيرات، وكما يُكره الطلب، والحالة هذه يكره القبول.

ولو قُلِّدَ من غير طلب، تفريعاً على القول بعدم الوجوب، وعلى ذلك ينزل امتناع السلف كامتناع ابن عمر - رضي الله عنهما - لما استقضاه عثمان رضي الله

---

(١) انظر: الروضة ٩٢/١١، مغني المحتاج ٣٧٣/٤.

(٢) انظر: ٢٨٨/٧.

(٣) في: ب، ظ "لاشتهر".

(٤) في: ز "صار".

(٥) في: ز "لينتفع، وينتفع به".

(٦) في: ب، ظ "الكراهية".

(٧) في: ب، ظ "الكراهية".

عنه، وتهرب أبي قلابة[١]، والثوري وأبي حنيفة رحمهم الله.

ويروى أن الشافعي رضي الله عنه أوصى "المزني" في مرض موته بأن لا يتولى القضاء، وعرض عليه "كتاب الرشيد"[٢]، بالقضاء، وأنه لم يجبه إليه، وانتهى امتناع أبي علي ابن خيران، لما استقضاه الوزير ابن الفرات[٣]، إلى أن خُتِمَتْ دوره بالطين أياماً.

وإن كان هناك من هو دونه فإن لم نجوز تولية المفضول، فهو كما لو تعين.

وإن جوزناه فيستحب له القبول، وفي الوجوب الوجهان، ويستحب له الطلب إذا وثق بنفسه.

وهكذا حيث استحببنا الطلب، والتقلد، أو أبحناهما، فكذلك عند الوثوق. وغلبة الظن، بقوة النفس.

وأما عند الاستشعار[٤] بالخوف[٥] فينبغي أن يحترز، فإن أهم الغنائم حفظ النفس[٦] والسلامة.

---

(١) هو: عبدالله بن زيد البصري. المشهور بأبي قلابة الإمام الثقة الفاضل، كان رأساً في العلم والعمل. طُلِبَ للقضاء فهرب، ونزل الشام سمع من سمرة، وجماعة، توفي رحمه الله سنة (١٠٤) وقيل بعدها.
انظر: تقريب التهذيب ٤١٧/١، شذرات الذهب ١٢٦/١.

(٢) هو: هارون بن محمد المهدي بن المنصور العباسي، المشهور بهارون الرشيد، أبوجعفر خامس خلفاء الدولة العباسية في العراق. وأشهرهم، نشأ في دار الخلافة ببغداد، وولاه أبوه غزو الروم في القسطنطينية، وبويع بالخلافة بعد وفاة أخيه الهادي سنة (١٧٠هـ) فقام باعبائها وازدهرت الدولة في أيامه .. وكان الرشيد عالماً بالأدب، وأخبار العرب، والحديث والفقه، فصيحاً، له شعر ومناقبه كثيرة.
ولد سنة (١٤٩هـ) وتوفي سنة (١٩٣هـ) ولايته (٢٣سنة).
انظر: البداية والنهاية ٢١٣/١٠، وتاريخ بغداد ٥/١٤، وشذراب الذهب ٣٣٤/١.

(٣) قال ابن العماد الحنبلي في شذرات الذهب ٢٣٧/٢ "وفيها - أي سنة إحدى وثلاثمائة - على ماقال ابن الأهدل، الوزير ابن الفرات، وكان عالماً محباً للعلماء، وبسببه سار الدارقطني من العراق إلى مصر، و لم يزل عنده حتى فرغ من تأليف مسنده، وكان كثير الإحسان إلى أهل الحرمين واشترى بالمدينة داراً ... ليدفن فيها، ولما مات حمل تابوته إلى مكة ... ودفن بالمدينة" رحمه الله.

(٤) في: ز "الاستغناء".

(٥) "الخوف" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) "النفس و" ليست في: أ، ب، ظ.

ثم اعرف هاهنا أموراً:

أحدها: التفصيل الذي ذكرناه في الطلب، فيما إذا لم يكن في الموضع المطلوب قضاؤه[1] قاضٍ، فإن كان فيه من يلابس القضاء، نظر، إن لم يكن مستحقاً، لجور، أو جهل، فالحكم كما لو لم يكن هناك[2] قاض وإن كان[3] مستحقاً، والطالب يروم عزله.

قال: أقضى القضاة الماوردي: هذا الطلب محظور، والطالب بالتعرض له مجروح.

الثاني: حكم الطلب من غير بذل مابيناه، فأما إذا بذل مالاً ليتولى، فإن ابن القاص وآخرين أطلقوا القول: بأنه محظور، وبأن قضاءه مردود، والأشبه تفصيل أورده القاضي الروياني، وهو أنه إن تعين عليه القضاء، أو كان ممن يستحب له القضاء، فله بذل المال، ولكن الآخذ ظالمٌ بالأخذ، وهذا[4] كما إذا تعذر الأمر بالمعروف إلا ببذل مال، وإن لم يتعيَّن[5] عليه، ولا هو ممنَّ يستحب له القضاء[6]، فلا يجوز له بذل المال ليُولَّى، ويجوز له بذل المال بعد ما وُلِّي لئلا يعزل، والآخذ ظالم بالأخذ.

وأما بذل المال لعزل من هو ملابسٌ للقضاء، فإن لم يكن بصفات القضاة، فهو مستحب لتخليص الناس منه، لكن أخذه حرام على الآخذ، وإن كان بصفات القضاة، فهو حرام، فإن فعل، وعزل الأول برشوة وولي الباذل مكانه من غير رشوة. قال: "ابن القاص" توليته باطلة، والمعزول على قضائه لأن العزل بالرشوة حرام، وتولية المرتشي الراشي، حرام، وليكن هذا محمولاً على الأصل الممهد في الشريعة.

فأما عند الضرورات، وظهور الفتن فلابدَّ من تنفيذ التولية، والعزل جميعاً، كتولية الباغين.

---

(١) في: ز "قضاه".
(٢) "هناك" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) "وإن كان" ليست في: أ.
(٤) في: ب "وهو".
(٥) في: أ "يعين".
(٦) "القضاء" ليست في: ز.

الثالث: طرق الأصحاب متفقة في تعيين الشخص للقضاء، وعدم تعيينه على النظر إلى البلد، والناحية لاغير. وقضيته[١]، أن لايجب على من يصلح للقضاء طلب القضاء ببلدة أخرى لاصالح لها، ولا قبوله إذا وُلِّي، ويجوز أن يُفرِّق بينه، وبين القيام بسائر فروض الكفايات المحوجة إلى السفر كالجهاد، وتعلم العلم، ونحوهما، بأنه يمكن القيام بتلك[٢] الأمور، والعود إلى الوطن، وعمل القضاء لا غاية له، فالإنتقال له هجرة، وترك الوطن[٣] بالكلية.

وقوله في "الكتاب": "وإن وُجِدَ من هو أصلَحُ منه، حَرُمَ الطلب"، إنما يظهر الحكم، بحرمة الطلب مع الأصلح إذا منعنا تولية المفضول، أما إذا جوزناها، فأظهر الوجهين على ما مرَّ أنه يُكرَهُ[٤] الطلب، ولا يحرم فيصح أن يعلم قوله "حَرُمَ" بالواو.

وكذلك قوله: "وفي القضاء تردد"، يجوز أن يعلم بالواو، لما بينا أن الخلاف في القضاء، مرتب على الخلاف في الإمامة، والترتيب يفيد طريقة قاطعة بالجواز في القضاء.

ويوضحه: أن الأصحاب ربما احتجوا لقول انعقاد الإمامة للمفضول: بأن القضاء ينعقد له، وإنما يصدر هذا الاحتجاج ممن يقطع بانعقاد القضاء له.

وقوله "وكره الطلب، إذا لم يكن به حاجةٌ إلى رزق". قضيته تعميم الكراهة حيث لم يحتج إلى الرزق لكنَّا بينَّا أن الخامل، الذي لو وُلِّي، انتشر علمه، يستحب له الطلب فلابد من استثناء هذه الصورة.

واعلم أن نظم "الكتاب" مصرح بوجوب الطلب إذا تعين الشخص للقضاء، وبحرمة الطلب إذا لم يتعين، وكان غيره أصلح منه، وبالكراهة إذا كان مثله، وبالجواز إذا كان دونه، وإذا استوعب الأحوال تبين أنه متى يكره، ومتى لايكره؟ فلا حاجة إلى قوله "أولاً: إنْ أخذه، بطلب[٥] فيه كراهية[٦].

---

(١) في: أ "قضية".
(٢) في: أ "بذلك".
(٣) في: ب "للوطن".
(٤) في: ز "لايكره" وانظر: الوسيط ٢٨٨/٧، والروضة ٩٢/١١، ومغني المحتاج ٣٧٣/٤.
(٥) في: أ، ب، ظ "بغير طلب".
(٦) والعبارة في الوجيز ٢٣٧/٢ "وأخذه بطلب فيه كراهية".

(قال [الغزالي] الثانية: لابد للقاضي[1] من صفات، وهي: أن يكون حراً، ذكراً، مجتهداً، بصيراً، عدلاً، بالغاً، فلايجوز قضاء المرأة، والأعمى، والصبي، والفاسق، والجاهل، والمقلد، بل ينبغي أن يستقل بالاجتهاد، والذي يجتهد في مذهب أحد الأئمة له الفتوى على وجه، ويكون مقلده مقلد الإمام الميت، ولا ينتصب للقضاء. هذا هو الأصل. فإن تعذرت الشروط، وغلب على الولايات متغلبون فسقه، وكل من ولاه صاحب شوكة. نفذ حكمه للضرورة، كما ينفذ حكم البغاة، وإن لم يصدر عن رأي الإمام، والظاهر، أن قضاء الأمي الذي لايكتب جائز) أ.هـ.

[الفصل الأول: في صفات القاضي]

[قال الرافعي] مقصود المسألة: بيان الصفات المشروطة في القضاء، وقد تخللها كلام في الفتوى، ونحن نأتي بفصل من صفات القاضي، وآخر فيما يتعلق بالفتوى.

أما الفصل الأول. فإحدى الصفات المشروطة في القاضي الحرية، فلا يصلح الرقيق للقضاء قِنّاً كان أو غيرَ قنٍ، لأنه ناقص، ولأنه لايتفرغ له.

والثانية: الذكورة، وقال: أبوحنيفة - رحمه الله - يجوز أن تكون المرأة قاضيةً فيما تقبل شهادتها فيه[2].

لنا ماروى أنه ﷺ ، قال: "لن يفلح قوم وليتهم إمرأة"[3]

ولأنه لايليق بحالها مجالسة الرجال، ورفع الصوت بينهم ولابدَّ للقاضي من ذلك[4].

والثالثة: أهلية الاجتهاد: فلا يجوز تولية الجاهل بالأحكام الشرعية وطرقها،

---

(١) في: أ "للقضاء".

(٢) انظر: الهداية ٣/١٠٧، وفتح القدير ٧/٢٩٧، ورد المحتار ٥/٤٤٠.

(٣) الحديث: أخرجه البخاري ٥/١٣٦، كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر برقم (٤٤٢٥). وانظر: التلخيص ٤/١٨٤.

(٤) انظر: الحاوي ٢٠/٢٢٠، والمهذب ٢/٣٧٣، والوجيز ٢/٧، والوسيط ٧/٢٨٩، الروضة ١١/٩٥، ومغني المحتاج ٤/٣٧٥.

المحتاج إلى تقليد غيره فيها[1] روي أن النبي ﷺ قال: القضاة ثلاثة، واحد في الجنة، واثنان في النار، فالذي في الجنة رجل عرف الحق فقضى به، واللذان في النار رجل عرف الحق، فجار في الحكم، ورجل قضى للناس على جهل"[2].

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - يجوز تولية العامي، ثم هو يسأل أهل العلم، ويقضي[3].

واحتج الأصحاب عليه[4] بأنه لايجوز الفتوى بالتقليد فكذلك القضاء، وبل أولى، لأنا نعتبر في القضاء، مالا نعتبره[5] في الفتوى على ماسيظهر. وإنما تحصل أهلية الاجتهاد بالعلم بأمور.

أحدها: كتاب الله تعالى: ولا يعتبر العلم بجميعه بل بما يتعلق منه بالأحكام، ولا يشترط حفظه[6] عن ظهر قلب، ومن الأصحاب من ينازع ظاهر كلامه فيه.

والثاني: سنة رسول الله ﷺ لا جميعُها، بل مايتعلق منها[7] بالأحكام، وينبغي أن يعرف منها العام، والخاص، والمطلق، والمقيد، والمجمل، والمبين، والناسخ، والمنسوخ.

ومن السنة: المتواتر، والآحاد والمرسل والمسند، وحال الرواة قوة وضعفاً.

والثالث: أقاويل علماء الصحابة - رضي الله عنهم - فمن بعدهم إجماعاً، واختلافاً.

والرابع: القياس فيعرف جليَّهُ وخفيَّهُ، وتمييز الصحيح منه من الفاسد.

---

(١) في: أ "وفيما" وفي ب، ظ "لما".

(٢) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٥/٤ "أصحاب السنن، والحاكم والبيهقي من حديث بريدة، قال الحاكم في علوم الحديث: تفرد به الخرسانيون، ورواته مراوزة. قلت: له طرق غير هذه قد جمعتها في جزء مفرد".
انظر: أبوداود ٢٩٩/٣، رقم ٣٥٧٣، وابن ماجه ٧٧٦/٢ حديث (٢٣١٥).

(٣) انظر: الهداية ١٠١/٣، وفتح القدير ٣٥٧/٦ و ٣٥٨.

(٤) "عليه" ليست في: ب، ظ.

(٥) في: ز "يعتبر".

(٦) في: ز "حفظها".

(٧) في: ب "منه".

والخامس: لسان العرب لغة، وإعراباً، فإن الشريعة[١] وردت بالعربية، ومن هذه الجهة يعْرفُ عموم اللفظ وخصوصه، وإطلاقه، وتفيده، وإجماله، وبيانه.

قال علماؤنا: ولا يعتبر التبحر في هذه العلوم بل يكفي معرفة جمل منها. وزاد "المصنف" تحقيقاتٍ أوردها في أصول الفقه[٢].

منها: أنّه لاحاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرُّقها، وإنتشارها، ولكن يكفي أن يكون له أصل مصححٌ وقعت العناية فيه بجمع[٣] أحاديث الأحكام كسنن أبي داود[٤]. ويكفي أن يعرف مواقع كل باب فيراجعه إذا احتاج إلى الفتوح في ذلك الباب.

ومنها: أنه لايحتاج إلى ضبط جميع مواضع الإجماع والاختلاف، بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يفتي فيها أن قوله لايخالف الإجماع، إما بأن يعلم أنه يوافق قول بعض المتقدمين، أو يغلب على ظنه أن الواقعة متولدة في ذلك العصر لم يخض فيها الأولون، وعلى هذا قياس معرفة الناسخ والمنسوخ.

ومنها: أن كل حديث أجمع السلف على قبوله، أو تواترت عدالة رواته فلا حاجة إلى البحث عن رواته وماعدا ذلك فينبغي أن يكتفي[٥] في رواته بتعديل[٦] إمام

---

(١) في: ز "الشرع".

(٢) انظر: المستصفى: ٢/٣٥٠، والوسيط ٧/٢٩٠، والروضة ١١/٩٥.

(٣) في: أ، ب "بجميع".

(٤) قال النووي: "لايصح التمثيل بسنن أبي داود، فإنه لم يستوعب الصحيح من أحكام الأحكام، ولا معظمه، وذلك ظاهر، بل معرفته ضرورية لمن له أدنى اطلاع. وكم في صحيح البخاري ومسلم من حديث "حكمي" ليس في سنن أبي داود. وأما في كتابي الترمذي وغيرهما من الكتب المعتمدة فكثرته، وشهرته غنية عن التصريح والله أعلم". ذكره في الروضة ١١/٩٥.
قال في القوت: وهذا الاعتراض الشنيع على الإمام الغزالي إنما أوجبه قول المصنف "بجميع" تقليداً لبعض نسخ الرافعي، والذي قاله الغزالي ونقله الرافعي وغيره عنه "بجمع" من غير ياء بعد الميم، وهذا صحيح سبقه إليه البندنيجي، ولايخفى على من عنده أدنى علم ماذكره، وأنه لم يقع لأحد جمع جميع أحاديث الأحكام في تصنيف، لأن ذلك غير ممكن، وليس الاطلاع على جميعها شرطاً في صحة الاجتهاد". نقله المحقق على هامش العزيز شرح الوجيز ١٢/٤١٦.

(٥) في: أ "يكون"، وفي: ب "يكفي".

(٦) في: أ "تعديل".

مشهور، عُرِفَ صحة مذهبه في التعديل، وإلا فمن درج في الأحوال الماضية لأيُختَبَرُ ولا يُشاهد حاله، وتواتر السيرة، لايكاد يوجد إلا في جماعة معدودين[١].

ومنها: اجتماع هذه العلوم إنما تشترط في المجتهد المطلق، الذي[٢] يفتي في جميع أبواب الشرع، ويجوز أن يكون للعالم منصب الإجتهاد، في باب، دون باب، فالناظر في المسألة المشتركة[٣] يكفيه معرفة أصول الفرائض، ولا يضره أن لايعرف الأخبار الواردة في تحريم المسكر مثلاً، وعدَّ الأصحاب من شروط الاجتهاد معرفة أصول الإعتقاد. قال: "المصنف" وعندي يكفي اعتقاد جازم، ولا يشترط معرفتها على طرق المتكلمين، والأدلة التي يحررونها، لأن الصحابة رضي الله عنهم ماكانوا يحسنون تلك الصناعة.

والصفة الرابعة: أن يكون بصيراً، فلا يجوز التفويض إلى الأعمى، لأنه لايعرف الخصوم، والشهود /وعن مالك رحمه الله. تجويزه[٤]، وفي "جمع الجوامع" للقاضي (٤٤٣/ز) الروياني وجه يوافقه[٥].

والخامسة: العدالة، فإن الفاسق لايصلح للشهادة فللقضاء أولى.

والسادسة: البلوغ، فالصبي لاينفذ قوله على نفسه فعلى غيره أولى.

وهل يجوز أن يكون القاضي أمياً؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا للحاجة إلى مطالعة الحُجَجِ وإثباتها. وأصحهما:[٦]. نعم، لأن النبوة التي هي أصل القضاء، لايشترط فيها معرفة الخط. هذه هي الصفات المذكورة في الكتاب.

---

(١) قال الإمام النووي في الروضة ٩٦/١١ "هذه المسألة مما أطبق جمهور الأصحاب عليه. وشذ من شرط في التعديل اثنين. وقوله: "تواترت عدالة رواته" يعني مع ضبطهم.
ولو قال: "أهلية رواته" كان أولى، ليشمل العدالة والضبط، وقوله: "أجمع السلف على قبوله" يعني على العمل به ولايكفي عملهم على وفقه. فقد يعملون على وفقه بغيره.والله أعلم.

(٢) في: أ "التي".

(٣) في: أ، ب "مسألة المشركه".

(٤) انظر: مختصر خليل ص ٢٥٨.

(٥) "والصحيح الأول" ذكره النووي، الروضة ٩٦/١١، وانظر: مغني المحتاج ٣٧٥/٤.

(٦) انظر: الوسيط ٢٩١/٧، والروضة ٩٦/١١، ومغني المحتاج ٣٧٥/٤.

ويشترط وراؤها صفات أخر

منها: الإسلام، فلا يجوز تقليد الكفار القضاء[١] على المسلمين، ولا على الكفار، قال: أقضى القضاة "الماوردي". وما جرت به عادة الولاة من نصب حاكم بين أهل الذمة، فهو تقليد سياسة[٢] وزعامة، لا[٣] تقليد حكم، وقضاء، وإنما يلزمهم حكمه بالتزامهن، لا لِلزومه"[٤].

وحكى عن أبي حنيفة: أنه[٥] يجوز تقليد الكافر للقضاء بين أهل دينه[٦].

ومنها: أن يكون ناطقاً سميعاً، فلا يجوز تقليد الأخرس، الذي لاتعقل إشارته، وإن عُقِلَتْ فوجهان وخرَّجهما ابن القاص: الأصح المنع[٧] أيضاً، ولا يُقَلَّد الأصم الذي لايسمع أصلاً، وإن كان يسمع إذا صِيحَ به، فيجوز تقليده.

ومنها: الكفاية[٨]، فلا يجوز قضاء المغَفَّل، والذي اختل رأيه، ونظره بكبرٍ، ومرض، ونحوهما. ويستحب أن يكون القاضي مع الصفات المشروطة، وافر العقل حليماً متثبتاً ذا فطنة وتيقظٍ، كامل الحواس، والأعضاء، عالماً بلغة الذين يقضي بينهم بريئاً من الشحناء، بعيداً من الطمع، صدوق اللهجة ذا رأي ووفاء وسكينة ووقار، وأن لايكون جباراً يهابه الخصوم، فلا يتمكنون من استيفاء الحجة، ولا ضعيفاً يستخَفُّون به،

---

(١) في: أ "للقضاء".

(٢) في: أ "رياسة".

(٣) في: أ "ولا".

(٤) انظر: الحاوي ٢٢٢/٢٠.

(٥) "أنه" ليست في: أ.

(٦) انظر: الهداية ١٠١/٣، وفتح القدير ٣٥٧/٦.

(٧) "وهو المذهب". انظر: الروضة ٩٧/١١، ومغني المحتاج ٣٧٥/٤.

(٨) قال ابن الصلاح في مشكل الوسيط ٢٩١/٧ "تعتبر الكفاءة اللائقة بالقضاء" هذه الكفاءة هي النهضة والقيام بعمل القضاء. وا لله أعلم".

وكذلك ورد بهامش العزيز ٤١٨/١٢ "وفسر بعضهم الكفاية اللائقة بالقضاء: بأن يكون فيه قوة على تنفيذ الحق بنفسه، فلا يكون ضعيف النفس جباناً، فإن كثيراً من الناس يكون عالماً ديناً ونفسه ضعيفة عن التنفيذ والإلزام والسطوة. فيطمع في جانبه بسبب ذلك.

لذلك قال ابن عبد السلام: للولاية شرطان: العلم بأحكامها. والقدرة على تحصيل مصالحها، وترك مفاسدها، فإذا فقد الشرطان حرمت الولاية.

ويطمعون في جنيه، والأولى أن يكـون قرشياً، ورعاية العلـم والتقـى، أولى مـن رعايـة النسب.

إذا عُرِفَ ذلك فلو أن الإمام عرف فيمن يولّيه الصفـات المشـروطة فذلـك، وإلا بحث عن حاله واختبره، كما اختبر رسول الله ﷺ معاذاً رضي الله عنه.

ولو ولي من لم تجتمع فيـه الصفـات على علـم بحالـه توجـه الحـرج على المـولي والموَلىّ، و لم ينفذ قضاؤه بصواب، ولا خطأ.

هذا هو الأصل في الباب.

قال في: "الوسيط" لكن[١] اجتماع هذه الشروط متعذر في عصرنا، لخلوِّ العصـر عن المجتهد المستقل، فالوجه تنفيذ قضاء كل[٢] من ولاه سلطان[٣] ذو شوكة، وإن كـان جاهلاً، أو فاسقاً، كيلا تتعطل مصالح الناس، ويؤيده أنا ننفذ قضاء قاضي[٤] أهل البغـي لمثل هذه الضرورة[٥]، وهذا حسنٌ.

لكنَّ في بعض الشروح أن قاضي أهل البغي إن كان منهم، نظر، إن كان بغيهـم لايوجب الفسق كبغي معاوية جاز قضاؤه، وإن أوجب الفسق، كبغي أهل النهروان، لم يجز[٦]. وذكر أن القاضي العادل، إذا استقضاه أمير باغ أجابه إليه.

---

(١) انظر: ٢٩١/٧.

(٢) في: ز "كل قضاء".

(٣) في: أ "السلطان".

(٤) "قاضي" ليست في: ز.

(٥) قال ابن الصلاح في مشكل الوسيط ٢٩١/٧: "ماذكره منتّقييد أحكـام الفاسـق أو الجـاهل إذا ولاه السلطان للضرورة كما ينفذ قضاء أهـل البغـي للحاجـة" هـو بخـلاف مـا قالـه غـيره، فـإن المنقول في "تعليق" القاضي حسين وغيره: أنه لا تنفذ أحكامه، وإن ولاه الإمـام. ومـا احتـج بـه من قضاء أهل البغي ففي "التهذيب" وغيره: أنهم إذا ولوا قاضياً غير عدل لم تنفذ أحكامه. نعـم ماذكره توجه بإجماع الأمة على تنفيذ أحكام الخلفاء الظلمة وأحكام من وَلوْا غير أنه يُوْرَدُ عليـه ما إذا ولىَّ السلطان قاضياً كافراً، فإنه لاتنفذ أحكامه مع وجود الضرورة ... والله أعلم.

(٦) قال النووي: "هذا المنقول عن بعض الشروح مشهور، قد ذكره صاحب "المهذب" وغيره، ففـي "المهذب" أن قاضي البغاة إن كان من يستبيح دم أهل العدل وماهم، لم ينفذ حكمه، لأن

=

فقد سئلت عائشة رضي الله عنها عن ذلك، لمن استقضاه زياد فقالت: "إن لم يقض لهم خياركم قضى لهم شراركم"[١].

فرع: من لا تقبل شهادته من أهل البدع، لايجوز تقليده القضاء.

قال: القاضي "الماوردي"[٢] وكذا لايجوز تقليد من لايقول بالإجماع، أو لايقول بأخبار الآحاد، وكذا القول في نفاة القياس[٣]، الذين لايقولون بالإجتهاد أصلاً، بل يتبعون النصوص، وإذا لم يجدوا أخذوا بقول سلفهم، وإن كانوا مجتهدين في فحوى الكلام ويبنون الأحكام[٤] على عموم النصوص، وإشاراتها، ففي تقليدهم وجهان. والأظهر جوازه[٥].

= شرطه العدالة والاجتهاد، وهذا ليس بعدل، ولا مجتهد، وقد جزم الرافعي في "المحرر" بما ذكره الغزالي، فقال: "إن تعذر اجتماع هذه الشروط، فولى سلطان ذو شوكة فاسقاً، أو مقلداً، نفذ قضاؤه للضرورة" والله أعلم.

انظر: الروضة ٩٨/١١، المهذب ٢٨٣/٢.

وقال ابن أبي الدم المتوفي سنة (٦٤٢هـ) في كتابه "أدب القضاء" تحقيق/ محمد عبد القادر عطا، الطبعة ١، ١٤٠٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ٣٣. "فلا تصح ولايته، ولا ينفذ حكمه، ولا يقبل قوله، لأنه لا تقبل شهادته، فعدم قبول حكمه أولى، فلو وَلاَّهُ الإمام، أو نائبه، أو ذو شوكة، وحكم بين الناس على فسقه، لم تنفذ أحكامه قطعاً، لاشك فيه، لانعرف فيه خلافاً، وبه قطع العراقيون، والمراوزة، إلا ماحكاه الشيخ أبوحامد الغزالي، فإنه قال: "يعصي السلطان بتفويض القضاء إلى الفاسق والجاهل، ولكن بعد أن ولاه، فلابد من تنفيذ أحكامه للضرورة.

هذا كلامه. ولا أعلم أحداً نقله غيره مع تصفح شروح المذهب والمصنفات فيه ...»

(١) الأثر: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٦/٤ و ١٨٧ "قال عمر بن شبة في كتاب "السلطان" له، نا محمد بن حاتم، نا إبراهيم بن المنذر، نا إبراهيم بن محمد بن عبد العزيز عن أبيه، عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: اجتمعت أنا ونفر من أبناء المهاجرين، فقلنا: لو رحلنا إلى معاوية، ثم قلنا: لو استشرنا أمناً عائشة، فدخلنا عليها، فذكرنا لها العيال والدّين، فقالت: سبحان الله ما للناس بدٌّ من سلطانهم، قلنا: إنا نخاف أن يستعملنا، قالت: سبحان الله، فإذا لم يستعمل خياركم يستعمل شراركم".

(٢) انظر: الحاوي٢٢٦/٢٠.

(٣) في: أ "وهم أهل الشيعة". وفي ب "وهم الشيعة".

(٤) في: ب "الكلام" وهو خطأ.

(٥) انظر: الحاوى ٢٢٦/٢٠، والروضة ٩٨/١١، ومغني المحتاج ٣٧٧/٤.

[الفصل الثاني: في الفتوى]

[قال الرافعي] الفصل الثاني: في الفتوى:

ومهما لم يكن في الموضع إلا واحد يصلح للفتوى، تعين عليه أن يفتي، وإن كان هناك غيره، فهو من فروض الكفايات ومع ذلك فلا يحمد التسارع إليه، كانت الصحابة رضي الله عنهم مع مشاهدتهم التنزيل، يحيل بعضهم في الفتاوى على بعض ويحترزون عن استعمال الرأي والقياس ما أمكن(١).

ثم الكلام في ثلاث جمل:

إحداها: في طرف المفتي، ويشترط فيه الإسلام، والبلوغ، والعدالة، فإن الفاسق لايوثق بفتواه، نعم، يعمل لنفسه باجتهاده، ويشترط فيه التيقظ وقوة الضبط، فلا تُقْبَلُ فتوى من تغلب عليه الغفلة والسهو، ذكرهُ أبوالقاسم الصميري(٢).

ويشترط أيضاً أهلية الاجتهاد، ليأخذ غيره بقوله، كما أنه يشترط الاجتهاد في القبلة، ليقلده(٣) من لايعرف القبلة، ويدل عليه، ظاهر قوله ﷺ : "من سُئِلَ فَأفتَى بغير

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٧/٤ "كان الصحابة يحيلون في الفتاوى بعضهم على بعض مع مشاهدتهم التنزيل، ويحيدون عن استعمال الرأي والقياس، ابن أبي خيثمة والرامهرمزي من طريق عطاء بن السائب سمعت عبد الرحمن بن أبي ليلى يقول: لقد أدركت في هذا المسجد عشرين ومائة من الأنصار، مامنهم أحدٌ يحدث إلا ودَّ أخاه كفاه الحديث، ولا يسئل عن فتيا إلا ودَّ أن أخاه كفاه الفتيا.
ومن طريق داود بن أبي هند قلت للشعبي: كيف كنتم تصنعون إذا سئلتم؟ قال: على الخبير سقطت، كان إذا سئل الرجل قال لصاحبه: أفتهم، فلا يزال حتى يرجع إلى الأول. وأخرجه عبد الغني بن سعيد في أدب المحدث من هذا الوجه، وفي مسلم من حديث أبي المنهال: أنه سأل زيد بن أرقم عن الصرف، فقال: سل البراء بن عازب، فسأل البراء، فقال: سل زيداً، الحديث".

(٢) هو: عبد الواحد بن الحسين بن محمد البصري، أبوالقاسم الصيمري. أحد أئمة الشافعية، وأصحاب الوجوه، حضر مجلس القاضي أبي حامد المروزي، وتفقه بصاحبه أبي الفياض البصري، وكان حافظاً للمذهب، حسن التصانيف أخذ عنه الماوردي، من تصانيفه "الإيضاح"، و"الكفاية" وغيرهما، .. توفي رحمه الله بعد سنة ٣٨٦هـ وقيل غير ذلك.
انظر ترجمته في : طبقات الشافعية للأسنوي ٣٧/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٨٤/١.

(٣) "بقوله، كما أنه ... ليقلده" ليست في: ب.

علمٍ فقد ضلَّ، وأضل"[١]

فلو عرف العامي مسألة أو مسائل بدليلها، لم يكن له أن يفتي فيها، ولم يكن لغيره أن يقلده فيها، ويأخذ بقوله، هذا هو الصحيح[٢].

ووراْوه وجهان، حكاهما "الصيمري"، والقاضي الروياني في "البحر": أحدهما: أنه يجوز، لأنه عرف الحكم والدليل.

والثاني: الفرق بين أن يكون الدليل نقلياً، فيجوز أو قياساً فلا يجوز، والعالم الذي لم يبلغ رتبة الاجتهاد كالعامي في أنه لايجوز تقليده على الصحيح. وموت المجتهد هل يخرجه عن أن يُقلد ويؤخذ بقوله؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم لخروجه عن أهلية الاجتهاد، كما لو فسق بعد عدالته، وأيضاً، فإنه لاقول له بعد موته، ألا ترى أن الواحد من الصحابة، إذا كان يخالف الباقين، في مسألة لم يكن اتفاق الباقين إجماعاً.

فإذا مات ذلك الواحد صار إجماعاً، فدل على أنه لم يبق له قول بعد موته.

وأصحهما[٣]: أنه يجوز تقليده، والأخذ بقوله، كما إذا شهد الشاهد، ثم مات، يجوز الحكم بشهادته[٤]، والمسألة المستشهد بها ممنوعة، ولو بطل قول القائل بموته لبطل الإجماع بموت المجمعين، ولصارت المسألة اجتهادية، وأيضاً فالخلق/ كالمتفقين على أنه لا (٤٤٤/ز) مجتهد اليوم[٥].

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٥/٤ "لم أره هكذا، وهو مأخوذ من المتفق رواه البخاري ومسلم من حديث عبد الله بن عمرو: وإن الله لايقبض العلم انتزاعاً، ففي آخره: فيأتي ناس جهال يستفتون، فيفتون برأيهم، فيضلون ويضلون، لفظ إحدى روايات البخاري. ولهما: أتخذ الناس رؤساء جهالاً، فشغلوا، فأفتوا بغير علم، فضلوا ، وأضلوا وهي أشهر".
انظر: البخاري ٣٣/١ و ٣٤، من كتاب العلم، باب كيف يقبض العلم، مسلم بشرح النووي ٢٢٣/١٦، من كتاب العلم، باب رفع العلم وقبضه وظهور الجهل ... الخ.

(٢) انظر: الروضة ٩٨/١١، ومغني المحتاج ٣٧٥/٤.

(٣) في: أ "أو قياساً".

(٤) انظر: الروضة ٩٩/١١، ومغني المحتاج ٣٧٦/٤.

(٥) ورد بهامش العزيز ٤٢١/١٢: "قال في الخادم: هذا عجيب، فإن هذه المسألة خلافية بيننا وبين الحنابلة، وممن سبق الرافعي إلى هذه العبارة الإمام فخر الدين الرازي وغيره، ونازعه الشيخ ابن دقيق العيد في "شرح العنوان".

=

فلو منعنا من تقليد الماضين لتركنا الناس حيارى، وبنوا على هذين الوجهين أن من عرف مذهب بعض المجتهدين، وتبحر فيه، لكنه لم يبلغ رتبة الاجتهاد، هل له أن يفتي؟ وهل يؤخذ بقوله؟ إن قلنا: بالوجه الأول، فلا يجوز. وإن قلنا: بالثاني[١]: فيجوز، و[٢]الآخذ بقوله لايقلده، وإنما يقلد ذلك المجتهد، هكذا، صوروا هذا الفرع[٣].

ولك أن تقول: إذا كان المأخذ مابيَّنا، فلا فرق بين أن يكون متبحراً، أو غير متبحر ، بل العامي إذا عرف حكم المسألة عند ذلك المجتهد، فأخبر عنه، وأخذ غيره به تقليداً للمجتهد الميت، وجب أن يجوز على الأصح[٤].

وإذا جوزنا الفتوى إخباراً عن مذهب الميت، فإن علم من حاله أنه يفتي على مذهب واحد معين، فيكفي إطلاق الجواب منه وإلا فلابد أن يضيفه إلى صاحب المذهب.

وليس للمجتهد أن يقلد مجتهداً آخر، لا ليعمل به، ولا ليفتي به غيره، ولا إذا

= وقال: هذا إخبار عن أمرٍ وجودي وهو ابتغاء المجتهد وعدمه من الأرض، وهو أمرٌ عسر الثبوت لدفع انتشار أقطار الأرض، وتعدد الناظرين في الأحكام الشرعية، قال: وقالت الحنابلة: لايخلو العصر عن مجتهد، وهذا هوالمختار عندنا لكن إلى الحدِّ الذي ترتفع فيه القواعد بسبب زوال الدنيا في آخر الزمان".

وأخذ صاحب الخادم يؤيده بما ذكره في خادمه، لكن الرافعي ما ادَّعى الإجماع، وإنما قال: كالمجمعين، فلم ينف الخلاف، وماذكره الرافعي هو المنقول في المذهب.

(١) في: ب، ز "الثاني: الأصح".

(٢) "و" ليست في: ب.

(٣) انظر: الروضة ٩٩/١١، وهو :على الصحيح من المذهب.

(٤) قال النووي في الروضة ٩٩/١١: "هذا الاعتراض ضعيف أو باطل، لأنه إذا لم يكن متبحراً ربما ظن ماليس مذهباً له مذهبه، لقصور فهمه، وقلة اطلاعه على مظان المسألة، واختلاف نصوص ذلك المجتهد، والمتأخر منها والراجح وغير ذلك، لاسيما مذهب الشافعي رحمه الله، الذي لايكاد يُعْرف مايفتي به منه إلا أفراد، لكثرة انتشاره واختلاف ناقليه في النقل والترجيح. فإن فرض هذا في مسائل صارت كالمعلومة علماً قطعياً عن ذلك المذهب كوجوب النية في الوضوء، والفاتحة في الصلاة، ووجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون، ووجوب تبييت النية في صوم الفرض، وصحة الاعتكاف بلا صوم، وعدم وجوب نفقة البائن الحامل، ووجوب القصاص في القتل بالمثقل. وغير ذلك عند الشافعي رضي الله عنه، فهذا حسن محتمل".

كان قاضياً ليقضي به خلافاً لمالك[١] وأحمد[٢] - رحمهما الله. فيما حكاه في "البحر". ولأبي حنيفة في القاضي[٣].

لنا أن يجد ما توصل به إلى معرفة الحكم، فلا يجوز له التقليد كما في العقليات. ولا فرق بين أن يخاف الفوات، لضيق الوقت أو لا يخافه، لأن الإجتهاد فرض عليه، فلا يسقط لضيق الوقت، كما أن فرض العامي وهو الاستفتاء، والسؤال لايسقط لضيق الوقت.

وقال: ابن سريج فيما حكاه عنه صاحب "التلخيص"[٤] سماعاً يجوز له التقليد عند ضيق الوقت للعمل به، ولايجوز ليفتي به غيره.

وقياس ذلك أن لانجوِّزْهُ للقضاء بطريق الأولى.

وفي "الشامل" و "التهذيب" . طرد قول ابن سريج في التقليد للقضاء، وصور ضيق الوقت فيه، فيما إذا تحاكم إليه مسافران، والقافلة ترتحل[٥]، ومن قال: به فينبغي أن يطرده في الفتوى، وهل على المجتهد[٦] تجديد الاجتهاد، إذا وقعت الحادثة مرة أخرى، أو سئل عنها مرة أخرى[٧]، أم[٨] يقنع بما أدى إليه إجتهاده الأول؟ فيه وجهان: كما ذكرنا في الإجتهاد في القبلة[٩].

واعلم أن الذين يقال لهم: أصحاب الشافعي، وأصحاب أبي حنيفة، ومالك

---

(١) انظر: مختصر خليل ص ٢٥٨.

(٢) انظر: المقنع ص ٣٢٦.

(٣) انظر: الهداية ١١/٣.

(٤) انظر: ص ٧٤.

(٥) في: أ "ترحل".

(٦) "المجتهد" ليست في: ب.

(٧) "أو سئل عنها مرة أخرى" ليست في: ز.

(٨) في: أ، ب، ظ "أو".

(٩) "أصحهما: لزوم التجديد، هذا إذا لم يكن ذاكراً لدليل الأولى، ولم يتجدد ما قد يوجب رجوعه، فإن كان ذاكراً، لم يلزمه قطعاً، وإن تجدد مايوجب الرجوع، لزمه قطعاً" ذكره النووي في الروضة ١٠٠/١١.

رضي الله عنهم ثلاثة أصناف: العوام، وتقليدهم[١] إياهم مفرع على جواز تقليد الميت، وقد عرفته[٢].

والبالغون درجة الاجتهاد، وقد ذكرنا أن المجتهد لايقلد المجتهد، وإنما ينسب هؤلاء إلى الشافعي رضي الله عنه، وغيره، لأنهم يجرون على طريقتهم[٣] في الاجتهاد، واستعمال الأدلة، وترتيب بعضها على بعض، و[٤] يوافق اجتهادهم، اجتهاد ممهدي تلك الطرق.

وإذا خالف أحياناً لم يبالوا بالمخالفة، وهذا كما أن الشافعي رضي الله عنه يقول في كلامه. وقال: بعض أصحابنا: ويريد به مالكاً، لتوافقهما على اتباع السنة المأثورة[٥] عن رسول الله ﷺ.

والصنف الثالث: المتوسطون بين الصنفين الأوَّلَيْن، وهم الذين لم يبلغوا رتبة الاجتهاد في أصل الشرع، لكنهم وقفوا على أصول الإمام الذي[٦] ينتسبون إليه في الأبواب، وتمكنوا من قياس ما لم يجدوه منصوصاً له على ماوُجد[٧] وهؤلاء مقلدون له تفريعاً على[٨] تقليد الميت.

وكذا من يأخذ بقولهم من العوام تقليداً له، والمشهور أنه لايقلدهم في أنفسهم، لأنهم مقلدون، وقد نجد ما يشعر بخلافه.

---

(١) في: أ "تقلدهم".

(٢) انظر: ص٢٦٣، والروضة ١١/٩٩.

(٣) في: أ "على طريقهم".

(٤) "و" ليست في: ب.

(٥) في: أ "المأثور".

(٦) "الذي" ليست في: أ.

(٧) في: ز "وجدوه".

(٨) في: ز "على جواز".

(١) هذا(٢) أبوالفتح الهروي(٣).- وهو من أصحاب الإمام - يقول: "في الأصول: مذهب عامة أصحابنا أن العامي، لامذهب له: فإن وَجَدَ مجتهداً قلده، وإلا(٤) ووجد(٥) متبحراً في مذهب، فإنه يفتيه على مذهب نفسه.

وإن كان العامي لايعتقد مذهبه.

وهذا قول، بأنه يقلد المتبحر في نفسه.

[قال الرافعي]: ثم هاهنا فروع:

أحدها: المتبحران في مذهب واحد، قد يختلفان في المسألة، لاختلافهما في قياس أصوله. ومنه تتولد وجوه الأصحاب.

ونقول: أيهما(٦) يأخذ العامي؟ هو كما سنذكره فيما إذا وجد مجتهدين.

الثاني: إنْ نصَّ صاحبُ المذهب، على الحكم، والعلة، وألحق بتلك العلة غير المنصوص، بالمنصوص(٧)، وإن(٨) اقتصر على الحكم، فهل يستنبط العلة، ويُعدي الحكم بها؟.

حكى والدي(٩) عن الإمام محمد بن يحيى(١٠) المنع من ذلك، وإنما جاز في

---

(١) في: أ "فإن هذا" وهو خطأ.
(٢) في: ز "وهذا".
(٣) هو: أبوالفتح عمر بن عبد الله الهروي. أحد أصحاب إمام الحرمين، نقل عنه الرافعي هنا. لم يذكر له تاريخ وفاته. انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٣١٤/١.
(٤) أي "وإن لم يجده ووجد" الروضة ١٠١/١١.
(٥) في: ب "لو وجد".
(٦) في: ب "أيها".
(٧) "المنصوص" ليست في: ب.
(٨) "إن" ليست في: أ، ب، ظ.
(٩) هو: محمد بن عبد الكريم بن فضل القزويني، أبوالفضل، والد الإمام الرافعي كان بارعاً في العلم، حافظاً ضابطاً، عفيفاً حسن السيرة، ومهاباً عند الناس، توفي رحمه الله سنة "٥٠٨هـ". انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٧٩/٤، ولابن قاضي شهبة ١٦/٢، ولابن هداية الله ص ٢١١.
(١٠) هو: محمد بن يحيى بن منصور، العلامة محيى الدين، أبوسعد النيسابوري تفقه على أبي حامد

=

نصوص الشارع لأنه تعيدنا وأمرنا بالقياس، والأشبه بِصنيع الأصحاب خلافه ألا تراهم ينقلون الحكم، ثم يختلفون في أن العلة كذا و[١]كذا، وكل منهم يطرد الحكم في فروع علته.

الثالث: اختار الشيخ أبوإسحاق الشيرازي[٢]: أنه إذا نص[٣] في واقعة، على حكمٍ، وفي أخرى تشبهها على نقيضه، لم يجز نقل قوله من إحداهما إلى الأخرى، وتخريجهما على قولين، وأن ما يقتضيه قول المجتهد، لايجوز أن يجعل قولاً له، إلا إذا لم يحتمل الفرق، مثل أن يقول: ثبتت الشفعة في بيع الشِّقْصِ[٤] من الدار، فيجوز أن يقال: قوله في الحانوت كذلك، والمشهور في المذهب خلاف ما اختاره.

نعم الأَوْلَى: أن يقال: إنه قياسُ أصله، أو قوله، ولا يقال: إنه قوله.

ويجوز للمفتي أن يشدد في الجواب بلفظ هو مُأَوَّل عنده زجراً وتهديداً في مواضع الحاجة[٥].

= الغزالي وغيره، وبرع في الفقه، وصنف في المذهب والخلاف منها. "المحيط في شرط الوسيط وغيره. نقل عنه الرافعي في مواضع، ولد سنة (٤٧٦هـ) ومات مقتولاً سنة (٥٤٨هـ).
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٣٢٥/١.

(١) في: ج "أو".

(٢) هو إبراهيم بن علي الشيرازي الفيروزآبادي الشافعي صاحب "المهذب" و"التنبيه" و "اللمع" و"النكت في الخلاف" وغيرها.
توفي سنة ٤٧٦هـ. انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٧٢/٢، وطبقات الشافعية للأسنوي ٧/٢ برقم ٦٧٢.

(٣) في: ز "نصَّ الإمام".

(٤) الشقص: الطائفة من الشئ. المصباح ص ٣١٩.

(٥) قال النووي في الروضة ١٠٢/١١ "المراد ماذكره الصيمري وغيره، قالوا: إذا رأى المفتي المصلحة أن يقول للعامي: مافيه تغليظ وهو لايعتقد ظاهره، وله فيه تأويل، جاز زجراً، كما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه سئل عن توبة القاتل، فقال: لا توبة له، وسأله آخر فقال: له توبة، ثم قال: أما الأول، فرأيت في عينيه إرادة القتل فمنعته، وأما الثاني: فجاء مسكيناً قد قتل، فلم أقنطه.
قال الصيمري: وكذا إن سأله، فقال: إن قتلت عبدي، فهل علي قصاص، فواسع أن يقال: إن قتلته، قتلناك، فعن النبي ﷺ "من قتل عبده قتلناه".
ولأن القتل له معانٍ، وهذا كله إذا لم يترتب على إطلاقه مفسدة"

سُئِلَ ابن عباس رضي الله عنه، عن توبة القاتل، فقال: لا توبة له، وسأله آخر، فقال: "له توبة" ثم قال: "رأيت في عيني الأول، أنه يقصد القتل، فمنعته، وكان الثاني صاحب واقعة يطلب المخرج منها[١].

الجملة الثانية: في طرف المستفتي، وعليه مراجعة المفتي، والسؤال عنه، وإنما يسأل عمن[٢] عَرَفَ عِلْمه وعدالته، فإن لم يعرف العلم بحث عن الحال[٣]، بسؤال الناس وإن لم يعرف العدالة، فلصاحب "الكتاب" فيه احتمالان، ذكرهما في "الأصول"[٤].

أحدهما: أن الجواب كذلك، وأشبههما الاكتفاء، فإن الغالب من حال العلماء العدالة بخلاف / البحث عن العلم، فإنه ليس الغالب من حال الناس أن يكونوا علماء. (٤٤٥/ز)

ثم ذكر احتمالين: في أنه إذا وجب البحث فيفتقر إلى عدد التواتر، أم يكفي إخبار عدل، أو عدلين؟ أقربهما الثاني[٥].

وإذا وجَدَ من المُفْتيين إثنين فصاعداً، فهل عليه أن يجتهد فيسأل أعلمهم[٦]؟ فيه

---

(١) "منها" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: ز "من".

(٣) في: أ، ب، ظ "بحث الحال عن الناس".

(٤) انظر: المستصفى ٢/٣٩٠.

(٥) قال النووي في الروضة ١١/١٠٣: "الاحتمالان فيما إذا لم تعرف العدالة، هما فيمن كان مستوراً وهو الذي ظاهره العدالة، و لم يختبر باطنه، وهما وجهان ذكرهما غيره، أصحهما: الاكتفاء، لأن العدالة الباطنة يعسر معرفتها على غير القضاة، فيعسر على العوام تكليفهم بها، وهذا الخلاف كالخلاف في صحة النكاح بحضور المستورين. أما الاحتمالان في اشتراط عدد التواتر، والاكتفاء بعدل، فهما محتملان. ولكن المنقول خلافهما، فالذي قاله الأصحاب إنه يجوز استفتاء من استفاضت أهليته، وقيل: لا تكفي الاستفاضة ولا التواتر، بل إنما يعتمد قوله: أنا أهل للفتوى، لأن الاستفاضة والشهرة بين العامة لا وثوق بها، فقد يكون أصلها التلبيس، وأما التواتر فلا يفيد العلم إذا لم يستند إلى معلوم محسوس، والصحيح الأول، لأن إقدامه عليها إخبار منه بأهليته، لأن الصورة فيمن وثق بدينه. ويجوز استفتاء من أخبر المشهور المذكور بأهليته، قال الشيخ أبوإسحاق وغيره: نقبل في أهليته خبر عدل واحد، وهذا محمول على من عنده معرفة يميز بها للملتبس من غيره، ولايعتمد في ذلك خبر أحاد العامة لكثرة مايتطرق إليهم من التلبيس في ذلك. والله أعلم".

(٦) في: أ "اعلهم" وهو خطأ.

وجهان.

أحدهما: ويحكى عن ابن سريح نعم، لأنه لايتعذر عليه هذا القدر من الاجتهاد، بخلاف الاجتهاد في الأحكام، وهذا ما اختاره القاضي ابن كج. وكذلك القفال. قال: القاضي الحسين: إن[١] رجلاً سأل القفال عن مسألة، فقال: القفال: من أنا؟ فقال: أنت واحد من الفقهاء. فقال: لايحل لك أن تعمل بقولي مالم تسأل عن الأعلم في البلد.

وأصحهما:[٢] عند عامة الأصحاب. أنه يتخيَّر فيسأل من شاء منهم، لأن الأوَّلين، كانوا يسألون علماء الصحابة على تفاوتهم، في الفضل والعلم[٣]، ويعملون بقول من سألوه من غير نكير. وذكر صاحب الكتاب في الأصول[٤]: أنه إذا كان يعتقد أن أحدهم أعلم، لم يجز أن يقلد غيره، وإن كان لايجب عليه البحث عن الأعلم، إذا لم يعتقد اختصاص أحدهم بمزيد[٥]. وإذا سأل المستفتي[٦]، ووجد الجواب فوقعت[٧] الحادثة مرة أخرى، نظر إن عَرَفَ استناد الجواب إلى نص، أو إجماع، فلا حاجة إلى السؤال ثانياً، وكذا لو كان المقلد ميتاً، وجوزناه، وإن عرف استناده إلى الرأي، والقياس، أو شك فيه. والمقلد حي فوجهان. أحدهما: أنه لايحتاج إلى السؤال. ثانياً: لأن الظاهر استمراره على الجواب الأول. وأصحهما أن عليه السؤال ثانياً. وهما كما ذكرنا في تجديد المجتهد الاجتهاد، وفي الاجتهاد[٨] في القِبلة[٩]

---

(١) في: ز "ذكر أن".

(٢) انظر: الروضة ١٠٤/١١.

(٣) في: ز "في العلم والفضل".

(٤) انظر: ٣٩٠/٢ "أي المستصفى".

(٥) قال النووي: هذا الذي قاله الغزالي قد قاله غيره أيضاً، وهو وإن كان ظاهراً فيه نظر لما ذكرنا من سؤال آحاد الصحابة رضي الله عنهم مع وجود أفاضلهم الذين فضله متواتر، وقد يمنع هذا، وعلى الجملة المختارة ماذكره الغزالي، فعلى هذا يلزمه تقليد أورع العالمين، وأعلم الورعين، فإن تعارضا قدم الأعلم على الأصح" الروضة ١٠٤/١١.

(٦) في: ز "المفتي".

(٧) في: ز "ثم وقعت".

(٨) "الإجتهاد: ليست في: ز.

(٩) انظر ص ٣٦٥، والروضة ٩٩/١١ و ١٠٤.

ولو اختلف عليه جواب اثنين في المسألة، فإن أوجبنا البحث وتقليد الأعلم، لم يجب الجواب، وإن لم نوجبه. فأوجه: أصحها: أنه يتخير ويأخذ بقول إيهما شاء.

والثاني يأخذ بأغلظ الجوابين إحتياطاً.

والثالث: يأخذ بأخفهما.

والرابع: بقول من يبني قوله على الأثر دون الرأي.

وفي "البحر": وجه آخر. أنه يأخذ بقول من سأله أولاً، لأنه لزمه حين سأل[١].

وذكر وجهين في أن من استفتى فقيهاً، ولم تسكن نفسه إلى فتواه يسأل ثانياً وثالثاً لتسكن نفسه إليه، أم يجوز الإقتصار على جواب الأول؟

والقياس الثاني

الجملة الثالثة: فيما يتعلق بالطرفين يجوز للمستفتي أن يسأل بنفسه، ويجوز أن يسأل برسول عدل يبعثه إليه، وبالرقعة، ويكفي ترجمان واحد إذا لم يعرف لغته[٢].

[فصل في آداب المستفتي]

([قال الرافعي] ومن آداب المستفتي: أن لا يسأل المفتي، وهو قائم، أو مشغول بما يمنعه من إعطاء الفكر حقه، وأن لايقول إذا أجابه، هكذا قلت أنا، وأن لا يطالبه بالحجة على الجواب، فإن أراد معرفة الحجة سأل عنها في وقت آخر، وإذا سأل بالرقعة، فليكن كاتبها حاذقاً، ليبين موضع السؤال.

ولينقط مواضع الأشتباه[٣]، كيلا يذهب الوهم إلى غير ماوقع عنه السؤال، كما

---

(١) قال النووي في الروضة ١٠٥/١١ "وحكى وجه سادس أنه يسأل ثالثاً، فيأخذ بفتوى من وافقه. وهذا الذي صححه من التخيير هو الذي صححه الجمهور، ونقله المحاملي في أول "المجموع" عن أكثر أصحابنا، لأن فرضه أن يقلد عالماً وقد حصل".

(٢) قال النووي في الروضة ١٠٥/١١ "له اعتماد خط المفتي إذا أخبره من يقبل خبره أنه خطه، أو كان يعرف خطه ولم يشك فيه".

(٣) في: أ، ب "السؤال".

يحكى، أنه كتب غفلاً[١] في زمان أبي الحسن[٢] الكرجي[٣] ماتقول الفقهاء في رجل قال لأمرته أنت طالق إن. ثم وقف عند "إن" فقراؤه[٤] إن، ثم وقف[٥] عند "إن"، وأجابوا بأنه إنْ تمّ وقفُهُ. طلقت، وإلا فلا.

فعرضت الرقعة على الكرجي فلما تأملها عرف أنهم صحفوا، وأن الكاتب أراد[٦] أنه قال: أنت طالق إن[٧]. ثم أمسك بعد إن، و لم يذكر شرطاً.

ويتأمل المفتي الاستفتاء كلمة كلمة، وليكن اعتناؤه، بآخر الكلام أشد، لأنه موضع السؤال، وليتثبت في الجواب، واضحةً كانت المسألة، أو مُشكلةً، وحسن أن يشاور في الجواب من عنده، وهو يصلح لذلك، إلا أن يكون فيها مالا يحسن إظهاره له"[٨]، وله أن ينقط مواضع الإشكال، وأن يُصلِحَ مايرى فيه من الخطأ[٩]، ولحن فاحش، وإذا رأى في آخر[١٠] السطور بياضاً شغله بخط فربما قصد تغليطه، كما يقال: إنه كُتِبَ إلى القاضي أبي حامد ماتقول: فيمن مات وخلَّفَ بنتاً، وأختاً لأم[١١]؟ وجعلت هذه الكلمة في آخر سطر، وكتب في السطر الذي يليه، وابن عم؟ فأجاب للبنت النصف، والباقي لابن العم، فألحق بموضع البياض، وأباً[١٢]، وغلط في الجواب.

---

(١) في: أ "غفار" وهو خطأ.

(٢) في: ب "الحسين".

(٣) هو: محمد بن عبد الملك بن محمد أبوالحسن "الكرجي" - بكاف وراء مفتوحتين، وبالجيم، إمام ورع فقيه مفتٍ محدث، أديب شاعر، أفنى عمره في العلم ونشره ... له تصانيف في المذهب، والتفسير والعقيدة منها مختصر في الفقه يقال له: "الذرائع في علم الشرائع" تفقه على الشيخ أبي إسحاق وله "العقيدة المشهورة في السنة" نحو مائتي بيت شرح فيها عقيدة السلف. ولد سنة (٤٥٨هـ) وتوفي سنة (٥٣٢هـ) رحمه الله رحمة واسعة.
انظر ترجمته في: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٣١٠/١ و ٣١٢، طبقات الشافعية للأسنوي ١٨١/٢ و ١٨٢، شذرات الذهب ١٠٠/٤.

(٤) في: أ "فقرأه".

(٥) في: ز "وقفوا".

(٦) في: ب "أراد به".

(٧) من هنا سقط من نسخة: أ.

(٨) "له" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) في: ب، ظ "خطأ".

(١٠) في: ب، ظ "آخر بعض".

(١١) "وأختا لأم" ليست في: ب، ظ. والوارد "بنتاً واحدة".

(١٢) في: ب، ظ "وأب".

وليتبين المفتي الخط[١]، وليكن قلمه بين قلمين، ولو كتب مع الجواب الحجة[٢] من آيه، أو خبر فلا بأس.

ولايعتاد ذكر القياس وطرق الاجتهاد، ولكن لو تُعَلّقُ الفتوى بقاض حَسُنَ أن يوميء إلى طريق الاجتهاد، وإذا رأى في الرقعة جواب من لايستحق أن يفتي، لم يفت معه. قال: الصيمري[٣]: وله أن يضرب عليه بإذن صاحب الرقعة، ودون إذنه ولا يحبسها إلا بإذنه، و لم يستحبوا أن يكون السؤال بخط المفتي، ومهما تغير اجتهاد المجتهد دار المقلد معه، وعمل في المستقبل بقوله الثاني، ولا ينقض مامضى، ولو نكح المجتهد امرأة خالعها ثلاثاً، لأنه رأى الخلع فسخاً، ثم تغير اجتهاده، قال: صاحب الكتاب في "الأصول": يلزمه تسريحها، وأبدى تردداً فيما إذا فعل المقلد مثل ذلك ثم تغير اجتهاد مقلده، وإلا فلا أثر له[٤]، قال: والصحيح أن الجواب كذلك، كما لو تغير اجتهاد المقلِّد، والمقلَّد في الصلاة، فإنه يتحول"[٥].

ولو قال: مجتهد للمقلِّد والصورة هذه: أخطأ بك من قلدته، فإن كان الذي قلَّده، أعلم من الثاني، أو استويا فلا أثر لقوله، وإن كان الثاني أعلم، فالقياس: أنا إن أوجبنا تقليد الأعلم، فهو كما لو تغير اجتهاد مقلده وإلا فلا أثر له[٦].

---

(١) في: ب، ظ "بخطه".

(٢) في: ب، ظ "حجة من آية وخبر".

(٣) سبقت ترجمته ص١٦٢.

(٤) قوله: "وإلا فلا أثر له" ليست في: ب، ظ.

(٥) انظر: المستصفى للغزالي ٣٨٢/٢، ط١، سنة ١٣٢٤هـ، دار صادر، القاهرة.

(٦) قال النووي: هذا الذي زعم الإمام الرافعي رحمه الله أنه القياس ليس بشيء، بل الوجه الجزم بأنه لايلزمه شيء، ولا أثر لقول الثاني، وهذاكله إذا كانت المسألة اجتهادية، وقد لخص الصيمري، والخطيب البغدادي وغيرهما من أصحابنا هذه المسألة بتفصيل حسن، فقالوا: إذا أفتى، ثم رجع، فإن علم المستفتي رجوعه و لم يكن عمل بالأول، لم يجز له العمل به، وكذا إذا نكح بفتواه، أو استمر على نكاح بفتواه، ثم رجع، لزمه فراقها، كنظيره في القبلة. وإن كان علم به قبل الرجوع، فإن كان مخالفاً لدليل قاطع، لزم المستفتي نقض عمله، وإن كان في محل الاجتهاد، فلا، لأن الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد، ولا يعلم خلاف هذا لأصحابنا، وما ذكره صاحبا "المستصفى" و"المحصول"، فليس فيه تصريح بمخالفة هذا. قال الشيخ أبوعمرو بن الصلاح رحمه الله: وإن كان المفتي إنما يفتي على مذهب إمام معين، فرجع لكونه تيقن مخالفة نص إمامه، وجب نقضه، وإن كان اجتهادياً، لأن نص إمامه في حقه كنص الشارع في حق المستقل، وأما إذا لم يعلم المستفتي برجوعه، فكأنه لم يرجع في حقه، ويلزم المفتي إعلامه برجوعه =

وإذا قلد الأعمى في القبلة، وتحرم بالصلاة، فقال له: من هو أعلم من مقلّده أخطأ بك، فالقياس: أن يُخَرَّج على هذا الخلاف، لكن أطلقوا الجواب بأنه كتغيير اجتهاد المجتهد على مامر / في باب الإستقبال[١]. (٤٤٦/ز)

فرع : لايجب للمجتهد مذهب مدونٌ، فإن علماء الصحابة، لم يدونوا، وإنما كانوا يجتهدون في النوازل بحسب الحاجة، وإن دونت المذاهب، فهل يجوز للمقلد أن ينتقل من مذهب إلى مذهب؟ إن قلنا: يلزمه الإجتهاد في طلب العلم، فإذا غلب على ظنه أن الثاني أعلم وجب أن يجوز، بل أن يجب، وإن قلنا: يتخير، فينبغي أن يجوز أيضاً، كما لو قلد في القبلة، هذا أياماً، وهذا أياماً.

ولو قلد مجتهداً في مسائل، وآخر في مسائل[٢]، واستوى المجتهدان عنده، أو قلنا: بأنه يتخير، فالذي يقتضيه فعل الأولين الجواز، لأنهم كانوا يسألون تارة من هذا[٣] وتارة من هذا من غير تكبر.

وأيضاً فإن الأعمى إذا قلنا: إنه لايجتهد في الثياب، والأواني، يجوز له أن يقلّد في الأواني المشتبهة بصيراً، وفي الثياب غيره، لكن الأصوليين منعوا منه للمصلحة. وحكى

قبل العمل، وذا بعده حيث يجب النقض، وإذا عمل بفتواه في إتلاف، ثم بان أنه أخطأ وخالف القاطع، فقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني: إن كان أهلاً للفتوى، ضمن، وإلا، فلا، لأن المستفتي مقصر، وهذا الذي قاله فيه نظر، وينبغي أن يخرج على قولي الغرور أو يقطع بعدم الضمان مطلقاً إذ لم يوجد منه الإتلاف، ولا ألجأ إليه بإلزام".

(١) انظر: المجموع ٢٢٧/٣، وانظر ص ٢٦٥، والروضة ٩٩/١١.

(٢) قوله: "و ... في مسائل" ليست في: ب.

(٣) قوله: "وتارة من هذا" ليست في: ب، ظ.

الحناطي[1]، وغيره عن أبي إسحاق فيما إذا اختار من كل مذهب ماهو أهون عليه: أنه يفسق به، وعن ابن أبي هريرة: أنه لايفسق[2]. وا لله أعلم.

---

(١) هو: الحسين بن محمد بن الحسين، أبوعبد ا لله بن أبي جعفر الطبري الحناطي، أخذ الفقه عن أبيه، وابن القاضي، روى عنه القاضي أبوالطيب، كان حافظاً لكتب الشافعي وكتب أبي العباس بن سريج.
نقل عنه الرافعي هنا، وفي مواضع كثيرة. ووفاته فيما يظهر بعد الأربعمائة بقليل.
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٨٠.

(٢) قال النووي: قد استقصى الإمام الرافعي رحمه ا لله هذا الباب، فاستوعب وأجاد وقد استوعبت أن هذا الباب في أول شرح "المهذب" وجمعت فيه من مجموعات كلام الأئمة ومتفرقاتها هذا المذكور هنا مع مثله أو أمثاله، وأنا أذكر منه هنا نبذاً أشير إليها، ولا ألتزم ترتيبه.
فيستحب للمعلم والمفتي الرفق بالمتعلم والمستفتي، ليتمكن من الفهم عنه، وقد استوعبت آداب العالم والمعلم في أول شرح "المهذب" وذكرت فيه مالاينبغي لطالب علم أن يخفى عليه شيء منه، قال الخطيب الحافظ أبوبكر البغدادي: ينبغي للإمام أن يتفقد أحوال المفتين، فمن صلح لها، أقره، ومن لم يصلح، منعه، وأمره أن لا يعود، ويواعده على العود. وطريقه في ذلك أن يسأل العلماء المشهورين من أهل عصره عن حاله، ويعتمد خبرهم، وينبغي أن يكون المفتي مع شروطه السابقة متنزهاً عن خوارم المروءة، فقيه النفس، سليم الذهن، رصين الفكر، حسن التصرف والاستنباط، وسواء الحر والعبد، والمرأة والأعمى والأخرس إذا كتب أو فهمت إشارته. قال الشيخ أبوعمرو بن الصلاح رحمه ا لله: وينبغي أن يكون المفتي كالراوي في أنه لا تؤثر فيه القرابة والعداوة، وجر النفع، ودفع الضر، لأنه في حكم من يخبر عن الشرع بما لا اختصاص له بشخص، فكان كالراوي لا كالشاهد وفتواه لايرتبط بها إلزام بخلاف حكم القاضي. قال: ووجدت عن صاحب "الحاوي" أن المفتي إذا نابذ في فتواه شخصاً معيناً، صار خصماً معانداً، ترد فتواه على من عاداه، كما ترد شهادته. قال الصيمري: ويقبل فتاوى أهل الأهواء والخوارج، ومن لا يكفر ببدعته ولا بفسقه، وذكر الخطيب هذا ثم
قال: وأما الشراة وهم بضم الشين المعجمة، والرافضة الذين يسبون السلف، ففتاويهم مردودة، وأقاويلهم ساقطة. ومن كان من أهل الفتوى وهو قاض، فهو كغيره، فلا يكره له الفتوى هذا هو الصحيح الذي عليه الجمهور، وقيل: له أن يفتي في العبادات وغيرها، مما لا يتعلق بالأحكام، وفي الأحكام وجهان. قال ابن المنذر: يكره فتواه في الأحكام دون غيرها، وهل يشترط في المفتي أن يعرف من الحساب مايصحح به المسائل الحسابية الفقهية؟ وجهان، حكاهما الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني، وصاحبه أبو منصور البغداد.
ويشترط في المفتي المنتسب إلى مذهب إمام كما سبق أن يكون فقيه النفس، حافظاً مذهب إمامه، ذا خبرة بقواعده، وأساليبه ونصوصه، وقد قطع إمام الحرمين وغيره بأن الأصولي الماهر المتصرف في الفقه لايحل له الفتوى بمجرد ذلك، ولو وقعت له واقعة، لزمه أن يستفتي فيها، ويلتحق به المتصرف البحاث في الفقه من أئمة الخلاف، وفحول المناظرين، لأنه ليس أهلاً

=

= لإدراك حكم الواقعة استقلالاً، لقصور آلته، ولا من مذهب إمام لعدم حفظه له على الوجه المعتبر. وإذا استفتى العامي عما لم يقع، لم يجب جوابه ولايجوز للمفتي أن يتساهل في فتواه، ومن عرف بذلك، لم يجز أن يستفتي، وتساهله قد يكون بأن لايثبت، ويسرع بالجواب قبل استيفاء الفكر والنظر، فإن تقدمت معرفته بالمسؤول عنه، فلا بأس بالإسراع، وعلى هذا يحمل ما نقل عن الماضين من المسارعة، وقد يكون تساهله بأن تحمله أغراض فاسدة على تتبع الحيل المحرمة المكروهة، والتمسك بالشبهة طلباً للترخيص على من يروم نفعه، أو التغليظ على من يروم ضره، ومن فعل هذا، فلا وثوق به. وأما إذا صح قصده، فاحتسب في طلبه حيلة لا شبهة فيها، ولا تجر إلى مفسدة، ليخلص بها المستفتي من وريطة يمين ونحوها، فذلك حسن، وعليه يحمل ماجاء من بعض السلف من هذا. وينبغي أن لايفتي في كل حال تغير خلقه، وتشغل قلبه، وتمنعه التثبت والتأمل كحالة الغضب أو الجوع أو العطش والحزن والفرح الغالب، والنعاس، والملالة، والمرض المقلق، والحر المزعج، ومدافعة الأخبثين ونحو ذلك، ومتى أحس بشغل قلبه، وخروجه عن الاعتدال، لم يفت فإن أفتى في شيء من هذه الأحوال وهو يعتقد أن ذلك لم يمنعه من إدراك الصواب، صحت فتواه، وإن كان مخاطراً. والأولى للمتصدي للفتوى أن يتبرع بذلك، ويجوز أن يأخذ عليه رزقاً من بيت المال إلا إذا تعين عليه، وله كفاية، فالصحيح أنه لايجوز. ثم إن كان له رزق لايجوز له أخذ أجرة، وإن لم يكن له رزق، لم يجز له أخذ أجرة من أعيان المستفتين كالحاكم. واحتال الشيخ أبوحاتم القزويني في حيلة، فقال: يقول للمستفتي: يلزمني أن أفتيك قولاً، ولا يلزمني أن أكتب لك، فإن استأجره على الكتابة، جاز، وهذا الذي ذكره وإن كان مكروها، فينبغي أن لا يأخذ من الأجرة إلا قدر أجرة كتابة ذلك القدر ولو لم يكن فتوى، لئلا يكون آخذاً زيادة بسبب الافتاء. قال الصيمري والخطيب وغيرهما: ولو اجتمع أهل البلد على أن جعلوا له رزقاً من أموالهم ليتفرغ لفتاويهم، جاز.

وأما الهدية، فقال أبو المظفر السمعاني من أصحابنا: ويجوز له قبولها بخلاف الحاكم، لأنه يلزمه حكمه، قال الشيخ أبوعمرو: وينبغي أن يحرم قبولها إن كانت رشوة على أن يفتيه بما يريد، كما في الحاكم وسائر مالا يقابل بالأعواض. قال الخطيب: وعلى الإمام أن يفرض من بيت المال لمن نصب نفسه لتدريس العلم أو للفتوى في الأحكام مايغنيه عن التكسب، ولا يجوز أن يفتي فيما يتعلق بالألفاظ كالأيمان والإقرار والوصايا ونحوها، إلا إذا كان من أهل بلد اللافظ أو نازلاً منزلتهم في الخبرة بمرادهم في العادة، وليس للمفتي والعامل على مذهب الإمام الشافعي في المسألة ذات الوجهين أو القولين أن يفتي أو يعمل بما شاء منهما من غير نظر وهذا لاخلاف فيه، بل عليه في القولين أن يعمل بالمتأخر منهما إن علمه، وإلا فبالذي رجحه الشافعي، فإن لم يكن رجح أحدهما ولا علم السابق، لزمه البحث عن أرجحهما، فيعمل به، فإن كان أهلاً للترجيح، اشتغل به متعرفاً ذلك من نصوص الشافعي، ومآخذه وقواعده، وإلا فلينقله عن الأصحاب الموصوفين بهذه الصفة، فإن لم يحصل له ترجيح بطريق، توقف. وأما الوجهان فيتعرف أرجحهما بما سبق إلا أنه لا اعتبار بالتأخر إلا إذا وقعا من شخص واحد، وإذا كان أحدهما منصوصاً للشافعي، والآخر مخرجاً، فالمنصوص هو الراجح المعمول به غالباً، كما إذا رجح الشافعي في أحد القولين، بل هذا أولى. ولو وجد من ليس أهلاً للترجيح خلافاً

=

= للأصحاب من الأرجح من القولين أو الوجهين، فليعتمد ما صححه الأكثر، والأعلم والأورع، فإن تعارض أعلم وأورع، قدم الأعلم، فإن لم يبلغه عن أحد ترجيح، اعتبر صفات الناقلين للقولين، والقائلين للوجهين فما رواه البويطي والمزني والربيع المرادي مقدم عند أصحابنا على ماورواها الربيع والجيزي وحرملة، كذا نقله الخطابي من أصحابنا عن أصحابنا، إلا أنه لم يذكر البويطي، وزدته أنا لكونه أجل من الربيع، وأقدم من المزني، وأخص بالشافعي منه. قال الشيخ أبوعمرو: ويترجح أيضاً ماوافق أكثر أئمة المذاهب. وحكى القاضي حسين فيما إذا كان للشافعي قولان، أحدهما كقول أبي حنيفة رضي الله عنه وجهين، قال الشيخ أبوحامد المخالف لأبي حنيفة رضي الله عنه أرجح، فلو لم يطلع الشافعي على معنى مخالف لما خالفه، والصحيح أن الموافق أولى، ، وبه قال القفال، وهذا إذا لم نجد مرجحاً مما سبق. ولو تعارض جزم مصنفين، فهو كتعارض الوجهين، فيرجع إلى البحث كما سبق، ويرجح أيضاً بالكثرة، فإذا جزم مصنفان بشيء، وجزم ثالث مساوٍ لأحدهما بخلافهما، رجحناهما عليه.

واعلم أن نقل أصحابنا العراقيين لنصوص الشافعي وقواعد مذهبه، ووجوه المتقدمين من أصحابنا أتقن وأثبت من نقل أصحابنا الخراسانيين غالباً إن لم يكن دائماً وهذا مما يتعلق بما نحن فيه. ومما ينبغي أن يرجح به أحد القولين أن يكون الشافعي رحمه الله ذكره في بابه ومظنته، والآخر جاء مستطرداً في باب آخر.

واعلم ان هذاا لكتاب الذي اختصرته وهذبته محصل لك جميع ماذكرته ولا أقول هذا تبجحاً بل نصيحة للمسلمين ومناصحة للدين، وهما واجبان علي وعلى سائر المكلفين.

واعلم أنه يكره للمفتي أن يقتصر في جوابه على قوله: فيه قولان، أو وجهان، أو خلاف ونحو ذلك، فإن هذا ليس جواباً صحيحاً للمستفتي، ولا يحصل به مقصوده، وهو بيان مايعمل به لما ذكرنا، بل ينبغي أن يجزم بما هو الراجح، فإن لم يظهر له الراجح، انتظر ظهوره، أو امتنع من الإفتاء في المسألة، كما فعله كثير من أصحابنا وغيرهم.

واعلم أنه متى كان قولان قديم وجديد، فالعمل على الجديد إلا في نحو عشرين أو ثلاثين مسألة قد أوضحتها مفصلة في أول شرح "المهذب" مع مايتعلق بها ويترتب بها، ويترتب عليها، وبا لله التوفيق، وإذا كان في رقعة الاستفتاء مسائل، فحسن أن يترب الجواب على ترتيب الأسئلة، وإذا كان في المسألة تفصيل لم يطلق الجواب، فإنه خطأ بالاتفاق، وليس له يكتب الجواب على ما يعلمه من صورة الواقعة إذا لم يكن في الرقعة تعرض له، بل يذكر جواب مافي الرقعة فإن أراد الجواب على خلاف مافيها، فليقل، وإن كان هو المبتدئ بالافتاء في الرقعة، قال الصيمري وغيره: فالعادة قديماً وحديثاً أن يكتب في الناحية اليسرى، لأنه أمكن. قال الصيمري وغيره: ولو كتب وسط الرقعة، أو في حاشيتها، فلا عتب عليه، ولا يكتب فوق البسملة بحال.

ويستحق عند إرادة الافتاء أن يستعيذ من الشيطان ويسمي الله تعالى ويحمده، ويصلي على النبي ﷺ ، ويقول: لاحول ولا قولة إلا با لله، ويقول: ﴿رب اشرح لي صدري﴾ الآية، ويستحب أن يكتب في أول فتواه: الحمد لله، أو الله الموفق، أو حسبنا الله، أو حسبي الله ونحو ذلك، نقل ذلك الصيمري عن كثيرين، قال: وحذفه آخرون. قال: ولا يدع أن يختم

=

= جوابه بقوله: وا لله أعلم، أو با لله التوفيق ونحـوه. قـال: لا يقبـح أن يقـول: الجـواب عندنـا، أو الذي عندنا، أو الذي نذهب إليه كذا، لأنه من أهله قـال: وإذا كـان السـائل قـد أغفـل الدعـاء للمجيب، أو الصلاة على رسول ا لله ﷺ في آخر الفتـوى، ألحـق المفـتي ذلـك بخطـه فـإن العـادة جارية به، ويكتب بعد: وا لله أعلم، ونحوه: كتبه فلان، أو فلان بن فلان الفلانـي، فينتسـب إلى مايعرف به من قبيلـة أو بلـد أو غيرهمـا، ثـم ينتسـب إلى المذهـب، فيقـول الشـافعي أو الحنفـي ونحوهما، قال الصيمري: وإن كانت الفتوى تتعلق بالسلطان، دعا له، فقال: وعلى السلطان أو على ولي الأمر وفقه ا لله، أو أصلحه، أو سدده، أو شد أزره، ولا يقول: أطال ا لله بقـاءه، فإنـه ليس من ألفاظ السلف. وقد نقل النحاس اتفـاق العلمـاء علـى كراهيـة أطـال ا لله بقـاءك. وقـد أوضحت هذه اللفظة وما يتعلـق بهـا ويشـبهها في آخـر كتـاب "الأذكـار". وينبغـي أن يختصـر جوابه، ويكون بحيث يفهم للعامة فهماً جلياً، قال الصيمري والخطيب وغيرهما: وإذا سئل عمن قال: أنا أصدق من محمد بن عبد ا لله، أو الصلاة لغو ونحو هذه العبارات، فلا يبـادر بقولـه: هـذا حلال الدم، أو عليه القتل، بل يقول: إن ثبت هذا بإقراره، أو ببينة، استتابه السلطان، فإن تاب، قبلت توبته، وإلا فعل كذا وكذا وأشبع القول فيه، وإن سئل عن شـيء يحتمـل وجوهـاً يكفـر ببعضها دون بعض قال: يسأل القائل، فإن قال: أردت كـذا، فـالجواب كـذا، وإن قـال: أردت كذا، فالجواب كذا. وإذا سئل عمن قتل أو قلع سناً أو عيناً، احتاط في الجواب، فيذكر الشروط التي يجب باجتماعها القصاص، وإذا سئل عمن فعل مايقتضي تعزيره، ذكر مـايعزر بـه، فيقـول: ضربه السلطان مابين كذا وكذا، ولا يزاد على كذا، وينبغي أن يلصق الجواب بآخر الاسـتفتاء، ولا يدع بينهما فرجة مخافة أن يزيد السائل شيئاً يفسد الجواب. وإذا كان موضع الجواب ورقـة ملصقة، كتب على موضع الإلصاق، وإذا ضـاق آخـر الورقـة عـن الجـواب، لم يكتبـه في ورقـة أخرى، بل ظهر في هذه أوحاشيتها وأيهما أولى؟ فيه ثلاثة أوجه، ثالثها: همـا سـواء، والراجـح أن حاشيتها أولى، وبه قطع الصيمري وغيره، وليحذر أن يميل في فتواه مع المسـتفتي أو خصمـه، ووجوه الميل معروفة. ومنها أن يكتب ماله دون ماعليه، وليس له أن يعلـم أحدهمـا مـايدفع بـه حجة صاحبه، وإذا ظهر له الجواب خلاف غـرض المستفتي، وأنـه لايرضـى بكتابتـه في ورقتـه، اقتصر على مشافهته بـالجواب، ويجـب عليـه عنـد اجتمـاع الرقـاع أن يقـدم الأسـبق فالأسـبق، كالقاضي وهذا فيما يجب فيه الإفتاء، فإن تساووا وجهـل السـابق، أقـرع والصحيـح أنـه يجـوز تقديم المرأة، والمسافر الذي شد رحله، ويتضرر بتخلفه عن رفقته إلا إذا كثر المسافرون والنسـاء بحيث يتضرر غيرهم تضرراً ظاهراً، فيقدم حينئذٍ بالسبق، ثم القرعة، ثم لايقدم أحـداً إلا في فتيـا واحدة. قال الصيمري وغيره: إذا سئل عن مـيراث، فالعـادة أن لايشـترط في الورثـة عـدم الـرق والكفر والقتل وغيرهما مما يمنع الإرث، بل المطلق محمول على ذلك بخلاف ما إذا أطلق الإخـوة والأخوات، ولابد أن يقول: للزوجة الثمن، ولا التسـع، لأنـه لم يطلقـه أحـد مـن السـلف، بـل يقول: لها الثمن عائلاً، وهو ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين سهماً، أولها ثلاثة أسـهم مـن سـبعة وعشرين، وإذا كان في المذكورين من لايرث أصح بسـقوطه، فقـال: وسـقط فـلان، فـإن كـان سقوطه في حال دون حال، قال: في هذه الحالة ونحو ذلك، لئلاً يتوهم أنـه لايـرث بحـال. قـال: وينبغي أن يكون شديد الاحتراز في جواب المناسخات. قال الصيمري =

= وغيره: وحسن أن يقول: تقسم التركة بعد إخراج مايجب تقديمه من دين أو وصية إن كانا، قالوا وإذا رأى في الرقعة فتوى غيره ممن هو أهل للافتاء، وخطه موافق لما عنده، كتب تحته الجواب صحيح، أو جوابي مثل هذا، أو بهذا أقول وله أن يكتب الجواب بعبارة أخصر من عبارة السابق. وإن كان فيها خط من ليس بأهل، قال الصيمري وغيره: لم يفت معه، لأن ذلك تقرير للخطأ، بل يضرب عليه، وينهر المستفتي، ويعرفه قبح مافعله، وأنه كان واجباً عليه البحث عن أهل الفتوى. وإن رأى فيها اسم من لايعرفه. سأل عنه، فإن لم يعرفه فله الامتناع خوفاً مما قلناه. والأولى أن يأمر صاحبها بإبدالها، فإن أبى، أجابه شفاهاً، وإذا خاف فتنة من الضرب عليها، و لم تكن فتياه خطأ، امتنع من الافتاء معه.

وهل يجوز للعامي أن يتخير ويقلد أي مذهب شاء، نظر إن كان منتسباً إلى مذهب، بني على وجهين، حكاهما القاضي حسين في أن العامي هل له مذهب أم لا؟ أحدهما: لا، لأن المذهب لعارف الأدلة، فعلى هذا له أن يستفتي من شاء وأصحهما عند القفّال له مذهب، فلا تجوز مخالفته. وإن لم يكن منتسباً، بني على وجهين، حكاهما ابن برهان بفتح الباء من أصحابنا في أن العامي هل يلزمه التقيد بمذهب معين؟ أحدهما: لا، فعلى هذا هل له أن يقلد من شاء أم يبحث عن أشد المذاهب. فيقلد أهله وجهان، كالبحث عن الأعلم. والثاني وبه قطع أبوالحسن إلْكِيَا: يلزمه، وهو جار في كل من يبلغ رتبة الاجتهاد من الفقهاء وأصحاب سائر العلوم، لئلا يتلقط رخص المذاهب بخلاف العصر الأول، و لم تكن مذاهب مدونة، فيتلقط رخصها. فعلى هذا يلزمه أن يختار مذهباً يقلده في كل شيء، وليس له التمذهب بمجرد التشهي، ولا بما وجد عليه آباه، هذا كلام الأصحاب. والذي يقتضيه الدليل أنه لايلزمه التمذهب بمذهب، بل يستفتي من شاء، أو من اتفق، لكن من غير تلقّط للرخص، ولعل من منعه لم يثق بعدم تلقطه. وإذا استفتى وأفتاه المفتي، فقال أبو المظفر السمعاني: لايلزمه العمل به إلا بإلزامه، قال: ويجوز أن يقال: يلزمه إذا أخذ في العمل به، وقيل: يلزمه إذا وقع في نفسه صحته، قال: وهذا أولى الأوجه، والمختار مانقله الخطيب وغيره، أنه إذا لم يكن هناك مفت آخر، لزمه بمجرد فتواه، وإن لم تسكن نفسه، وإن كان هناك آخر لم يلزمه بمجرد إفتائه، إذ له أن يسأل غيره، وحينئذ فقد يخالفه، فيجيء فيه الخلاف السابق في اختلاف المفتيين، وينبغي للمستفتي أن يبدأ من المفتين بالأسن الأعلم وبالأولى فالأولى فإن أراد جمعهم في رقعة، وإن أراد إفرادهم في رقاع، وبدأ بمن شاء، وتكون رقعة الاستفتاء واسعة، ويدعو في الورقة لمن يستفتيه، ويدفع الورقة إلى المفتي منشورة، ويأخذها منشورة، فيريحه من نشرها وطيها، وإذا لم يجد صاحب الواقعة مفتياً في بلده ولا غيره، ولا من ينقل حكمها، قال الشيخ أبوعمرو: هذه مسألة فترة الشريعة الأصولية، وحكمها حكم ما قبل ورود الشرع، والصحيح في كل ذلك أن لاتكليف ولاحكم في حقه أصلاً، فلا يؤاخذ إذا صاحب الواقعة شيء بصنعه. فهذا آخر النبذ التي يسر ا لله الكريم إلحاقها وهي وإن كانت طويلة بالنسبة إلى هذا المختصر فهي قصيرة بالنسبة إلى ماذكرته في شرح "المهذب"، وموضع بسطها والزيادات والفروع هناك. وهذا الفصل مما يكثر الاحتياج إليه، فلهذا بسطناه أدنى بسط.» ذكره في الروضة ١١/١٠٨ - ١١٨.

وانظر: المجموع ١/٤٠ - ٥٨.

وأما لفظ الكتاب: فليعلم قوله "ذكراً" بالحاء. وقوله: "مجتهداً، كذلك" وقوله: "بصيراً" بالميم، والواو، وقوله: "والجاهل، والمقلد" لاضرورة إلى الجمع بين اللفظين" فإنه لو اقتصر المقلد، لتناول العامي الصرف، وغيره، بل أهل الأصول يجعلون المقلد، كيف كان جاهلاً، ويخُصُّون في اصطلاح الباب اسم العالم بالمجتهد، وإذا جمع بينهما، فكأنه اراد بالعامي الجاهل[1] الصرف[2]، وبالمقلد الذي حصل شيئاً من العلم، و لم يبلغ رتبة الإجتهاد.

وقوله: "هو[3] الذي يجتهد في مذهب أحد الأئمة، له الفتوى على وجه، ويكون مقلدة مقلداً الإمام الميت" قد عرفت أنه إذا كان المأخذ أن الميت، هل يقلد فلا حاجة إلى كونه مجتهداً في المذهب" وليس قوله إلا إخباراً عن مذهب الغير، وأما قوله: "فلا ينتصب للقضاء. فإنه يوافق ماسبق من اشتراط الإجتهاد، لأنه مقلد، وإن كان مجتهداً في مذهب ذلك الإمام، قال: في "الوسيط" ويجب تقديمه للقضاء، على من لم يبلغ رتبة الاجتهاد في المذهب.

قال [الغزالي]: (الثالثة[4] إذا نُهِيَ[5] القاضي عن الاستخلاف لم يستخلف، وإن أطلق التولية[6] ففيه ثلاثة أوجه، وفي الثالث: يستخلف إن اتسعت الخطة وإلا فلا.

ويشترط في الخليفة صفات القضاة، إلا أنه[7] لو[8] لم يفوِّض إليه إلاَّ سَمَاعَ شهادة، أو نقل، فلا يشترط إلا علم ذلك القدر، وليس له أن يشترط على النائب الحكم بخلاف اجتهاده، أو بخلاف معتقد صاحبه، إذا جوزنا تولية المقلِّد عند الضرورة).

---

(١) في: ب، ظ "بالجاهل العامي".
(٢) " الصرف" ليست في: ب، ظ.
(٣) "هو" ليست في: ب، ظ.
(٤) "الثالثة" ليست في: أ، ز.
(٥) في: ب، ظ "إذا أنهى".
(٦) في: ز "الولاية".
(٧) في: ب، ظ "إذا".
(٨) "لو" ليست في: ب، ظ.

[المسألة الثالثة في استخلاف القاضي]

[قال الرافعي] المستحب للإمام إذا ولى رجلاً القضاء، أن يأذن له في الاستخلاف، ليكون أسهل عليه، وأفضى إلى فصل الخصومات، فإن لم يأذن.

فإما أن يطلق التولية، أو ينهاه عن الاستخلاف.

الحالة الأولى: إذا أطلق التولية، فينظر، إن كان ما فوضه إليه بما يمكنه القيام به، كقضاء بلدة صغيرة، فوجهان.

أصحهما: أنه ليس له الاستخلاف، لأن الإمام لم يرض بنظر غيره[1].

والثاني: وبه قال: مالك فيما حكى الإصطخري: أنه يجوز لأنه ناظر في المصالح العامة، فيتمكن من الاستخلاف كالإمام[2].

وإن لم يمكنه القيام بما فوضه إليه، كقضاء بلدتين فصاعداً، أو قضاء البلدة الكبيرة، فله أن يستخلف، لأن قرينة الحال، مشعره بالإذن. وشبهوه بما إذا دفع متاعاً إلى إنسانٍ ليبيعه وهو ممن لايعتاد الطواف بالأمتعة، والنداء عليها، فإنه يكون إذناً في دفعه إلى من يقوم بذلك، ثم فِيْم يستخلف في القدر الزائد، على مايمكنه القيام به، أم في الكل؟ فيه وجهان:

أصحهما: الأول[3]، لأن ذلك القدر هو المعلوم من القرينة والقياس فيما إذا أذن له في الإستخلاف، أن يكون في القدر المستخلَف فيه، هذان الوجهان، إلاَّ أن يصرح بالإذن في الكل.

وقطع القاضي ابن كج: بأنه عند الإذن المطلق يستخلف في الكل.

---

(١) انظر: الروضة ١١/١١٩، ومغني المحتاج ٣٧٨/٤.

(٢) هذا المنقول عن المالكية، خلاف مذهبهم حيث قال في "مختصر خليل" "ولم يستخلف إلا لوسع عمله في جهة بعدت ص ٢٥٩".

وقال الحطاب "وإن تجرد العقد عن الأذن، وعدمه، فقال: سحنون ليس له الاستخلاف، وإن مرض أو سافر" مواهب الجليل ١٠٥/٦، ١٠٥.

(٣) انظر: الروضة ١١/١١٨، ومغني المحتاج ٣٧٨/٤.

أحدها: يشترط في الخليفة مايشترط في القاضي، نعم قال: الشيخ أبومحمد، وغيره، لو فوض إليه أمراً خاصاً، كفاه من العلم مايحتاج إليه في ذلك الباب حتى إن نائب القاضي في القرى إذا كان المفوض إليه سماع البينة، ونقلها دون الحكم كفاه العلم بشرائط البينات[١]، ولا يعتبر[٢] فيه رتبة / الاجتهاد. (٤٤٧/ز)

الثاني: قال القاضي الروياني في "التجربة" نص الشافعي رضي الله عنه. في "المبسوط" يدل على أن الحاكم الشافعي، لايجوز أن يستخلف من يخالفه.

والمذهب المشهور خلافه، لأن الحاكم يعمل بما يؤدي إليه اجتهاده، بل لو شرط على النائب أن يخالف إجتهاده، ويحكم باجتهاد المنيب لم يجز.

وكذا إذا أجاز تولية المقلد للضرورة، فاعتقاد مقلده في حقه، كاجتهاد المجتهد، فلا يجوز أن يشترط عليه الحكم بخلاف اعتقاد مقلده.

فلو خالف وشرط الحنفي، على النائب الشافعي الحكم بمذهب أبي حنيفة، قال: في "الوسيط"[٣] له[٤] الحكم في المسائل المتفقة بين الإمامين وفي المختلف فيها لايحكم. أما بمذهب أبي حنيفة، فلأنه يخالف معتقده، وأما بمذهب الشافعي فلأنه غير مأذون فيه، وهذا حكم بصحة الاستخلاف، ورعاية للشرط. ولكن[٥] أقضى القضاة "الماوردي"[٦] و"صاحبي" "المهذب"[٧] و "التهذيب" وغيرهم، قالوا: لو قلد الإمام رجلاً للقضاء على أن يقضى بمذهب عينه[٨] بطل الشرط والتقليد جميعاً فقضية هذا بطلان الاستخلاف هناك. وفي "فتاوى القاضي الحسين" أن الإمام الحنفي إذا ولّى شافعياً بشرط، أن لا

---

(١) في: ب، ز "البينة".

(٢) في: ب، ظ "فلا يشترط".

(٣) انظر: الوسيط ٢٩٢/٧.

(٤) "له" ليست في: ز.

(٥) من قوله "قال: أنت طالق إن ...... ورعاية للشرط. "ولكن" ليست في: أ.

(٦) انظر: الحاوي ٤٠٢/٢٠ و ٤٠٣.

(٧) انظر: المهذب ٣٧٣/٢.

(٨) في: ز "بعينه".

الحالة[1] الثانية: إذا نهاه عن الاستخلاف لم يجز له الاستخلاف، فإن كان ما فوضه إليه أكثر مما يمكنه القيام به، ففي "الشامل": أن القاضي أبا الطيب جعل وجود النهي كعدمه، والأقرب أحد احتمالين.

إما بطلان التولية، ويحكى هذا عن "ابن القطان".

أو اقتصاره على مايقدر عليه وترك الاستخلاف[2]. وجميع ماذكرنا في الاستخلاف العام.

أما في الأمور الخاصة، كتحليفٍ، وسماع بينةٍ، فمنهم من جعله على الخلاف، وهو قضية إطلاق الأكثرين.

وعن القفال: القطع بجوازه، لأن القاضي لا يستغْني عنه، وهو جارٍ مجرى التوكيل.

وقوله في الكتاب: "وإن أطلق التولية فثلاثة أوجه، في الثالث، يستخلف إن اتسعت الخطة، وإلا فلا". فيه إثبات وجهين مطلقين: أحدهما: الجواز سواءً[3] اتسعت خطة الولاية، وتعذر القيام بما فوض إليه، أو لم تتسع.

والثاني: المنع في الحالتين والوجهان. فيما إذا لم يتسع، ولم يتعذر، مشهوران فأما مع الاتساع، والتعذر، فقليلاً ما يوجد للأئمة حكاية الخلاف فيه، وإنما الذي ذكروه جواز الاستخلاف كما بينا، لكن إثبات الخلاف فيه يتأيد بأن جواز التوكيل مع كثرة التصرفات، وتعذر القيام بها[4] مختلف فيه، كما سبق في الوكالة، فكذلك ههنا[5].

[في فروع تتعلق باستخلاف القاضي]

[قال الرافعي] ثم يتعلق بالاستخلاف: فروع:

---

(١) "الحالة" ليست في: ب.

(٢) قال النووي في الروضة ١١/١١٩ "هذا أرجحها" وانظر: مغني المحتاج ٤/٣٧٨.

(٣) "سواء" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: أ، ز "به".

(٥) "المذهب أنه يُوَكِّل فيما زاد على الممكن غيره" . انظر: مغني المحتاج ٢/٢٢٦.

يقضي بشاهد ويمين، ولا على غائب، تصح التولية، ويلغو[١] الشرط، حتى يقضي بما يؤدي إليه اجتهاده، فقضية هذا: أن لا يراعى الشرط هناك.

قال الماوردي: "ولو لم تجز صيغة الشرط ولكن قال الإمام: قلدتك القضاء، فاحكم بمذهب فلان، أو لا تحكم بمذهب فلان، صحَّ التقليد، ويلغو الأمر، والنهي، وكان يجوز أن يجعل هذا الأمر شرطاً، وتقييداً، كما لو قال: قلدتك القضاء، فاقض في موضع كذا، وفي يوم كذا.

قال: ولو قال: لاتحكم في قتل المسلم بالكافر، والحر بالعبد، جاز، وكان قصراً لعمله على سائر الحوادث.

وحكى وجهين فيما لو قال: لا تقض فيهما بالقصاص، أنه يلغو أو يكون منعاً له من الحكم بالقصاص نفياً[٢] وإثباتاً.

الثالث: حيث[٣] لايجوز الاستخلاف، فلو استخلف فَحُكْمُ الخليفة باطلٌ، نعم لو ترافع إليه الخصمان، ورضيا بحكمه فيكون كالمُحَكَّم، وليس للقاضي إنفاذ حكمه الباطل[٤]، بل يستأنف الحكم بين الخصمين.

وعن أبي حنيفة فيما حكاه صاحب "التلخيص"[٥] أنه إذا أنفذ[٦] القاضي حكمه نفذ[٧].

وإذا جاز الاستخلاف، فلو استخلف من لايصلح للقضاء فحكمه باطل أيضاً، ولايجوز إنفاذه. وا لله أعلم.

[المسألة الرابعة: نصب القاضيين في بلد واحد]

---

(١) في: ز "ويبطل".
(٢) في: ز "نفياً كان وإثباتاً".
(٣) في: أ "وحيث".
(٤) "الباطل" ليست في: أ، ب، ظ.
(٥) انظر: أدب القاضي، لابن القاص، تحقيق د/ حسين خلف الجبوري ١٣٦/١، ط١، "١٤٠٩هـ"، مكتبة الصديق، الطائف.
وقد بحثت في "التلخيص" فلم أقف على ذلك. وا لله أعلم.
(٦) "أنفذ" ليست في: أ.
(٧) انظر: الهداية ١٠٧/٣، رد المحتار ٤١٩/٥.

(قال [الغزالي]: الرابعة: لو نصب في بلدة قاضيين، كل واحد يختص بطرف جاز، وإن شرط اتفاقهما في كل حكم، لم يجز، وإن أثبت الاستقلال لكل واحد فوجهان. ثم إذا تنازع الخصمان في الاختيار، أو ازدحم داعيان فالقرعة)

[قال الرافعي]: إذا نصب الإمام قاضيين في بلد واحد، نظر: إن خُصِّصَ كل واحد منهما بطرف من البلد، وعين لكل واحد منهما زماناً، أو جعل أحدهما قاضياً في الأموال، والآخر في الدماء، والفروج جاز[١].

قال القاضي ابن كج: وكذا لو ولاَّهما على أن يحكم كل واحد منهما في الواقعة التي يرفعها إليه المتخاصمان. وإن عمم ولايتهما مكاناً وزماناً وحادثة، فإن شرط عليهما الاجتماع على الحكم، لم يجز، لأن الخلاف في مواقع الاجتهاد مما يكثر، فتبقى الخصومات غير مفصولة، وإن أثبت لكل واحد منهما الاستقلال، فوجهان: أحدهما: لايجوز كما في الولاية العظمى، لأن الخصمين يتنازعان في اختيارهما، وفي إجابة داعيهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر بخلال الإمام مع القاضي، والقاضي مع النائب.

فعلى هذا إن ولاهما معاً، بطلت توليتهما، وإن ولِّيَ على التعاقب، صحت تولية الأول.

وأصحهما الجواز، كنصب الوكيلين، والوصيين[٢].

فعلى هذا يجاب من سبق داعيه، فإن جاءا معاً حُكِّمَتْ القرعة.

وإذا تنازعا في اختيار القاضيين، أطلق في الكتاب: أنه يحكم القرعة.

---

(١) قال ابن القاص في أدب القاضي ١٣٣/١ "ولا خلاف أعلمه في أنه يجوز أن يكون في بلدٍ واحد قاضيان. وبيَّن الإمام لكل واحدٍ منهما موضع عمله. بحد معلوم في البلد".
وانظر: أدب القاضي للماوردي ١٥٧/١، تحقيق/ محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، (١٣٩١هـ/١٩٧١م)، وانظر: الوسيط ٢٩٢/٧، الروضة ١٢١/١١، ومغني المحتاج ٣٧٩/٤.

(٢) انظر المصادر نفسها.

وقال القاضي: "الماوردي"[١] "القول قول الطالب، دون المطلوب، فإن تساويا حضرا عند أقرب القاضيين إليهما، فإن استويا في القرب، ففي أحد الوجهين، يقرع، وهو الأظهر"[٢].

وفي الآخر: يمنعان من التخاصم حتى يتفقا على أحدهما، وإن أطلق نصب اثنين، و لم يشترط عليهما الاجتماع، ولا صرَّح بالاستقلال، فعن صاحب "التقريب" "أنه يحمل على إثبات الاستقلال، تنزيلاً للمطلق على مايجوزه وعن غيره، إن التولية فاسدة، ما لم يصرح باثبات الإستقلال"[٣].

[المسألة الخامسة: حكم التحكيم]

(قال [الغزالي] الخامسة: التحكيم جائز على أضعف القولين، في الأموال، وفي النكاح خلاف مرتب، وأولى بالمنع، وفي العقوبات، أولى بالمنع من النكاح، فإن كان في البلد قاضٍ، فهو أبعد، ثم إن جوزنا، فليس له الحبس، واستيفاء العقوبة، ولا ينفذ حكمه على غير المتراضيين، حتى لايضرب[٤] دية الخطأ على عاقلة الراضي بحكمه.

وهل يجب استئناف الرضى بعد الحكم لنفوذه؟ فيه وجهان).

[قال الرافعي]: هل يجوز أن يحكِّمَ الخصمان واحداً من الناس ليحكم بينهما، وهل لحكمه اعتبارٌ؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، لأن تقليد القضاء من مناصب الإمام، فلا يثبت للآحاد، ولأن فيه تفويت الحكومات على القاضي وتفويت رأيه، ونظره فيها.

---

(١) انظر: أدب القاضي ١٥٨/١.

(٢) انظر: الروضة ١٢١/١١، ومغني المحتاج ٣٧٩/٤.

(٣) قال النووي: "قول صاحب "التقريب" أصح، وبه قال: الرافعي". انظر: الروضة ١٢١/١١، مغني المحتاج ٣٧٩/٤.

(٤) في: ز "يصرف".

والثاني: نعم[١]، لما روى أن عمر وأُبي بن كعب، رضي الله عنهما، تحاكما إلى زيد بن ثابت[٢]. وأن عثمان، وطلحة تحاكما إلى جبير بن مطعم، رضي الله عنهم[٣].

ولما روي أن النبي ﷺ قال: "من حكم بين اثنين تراضيا[٤] به، فلم يعدل فعليه لعنة الله"[٥]. ولو لم يكن لحكمه اعتبارٌ ولزومٌ، لما كان لهذا التهديد معنى، وهذا

---

(١) انظر: الحاوي ٣٨٩/٢٠، والمهذب ٣٧٢/٢، والوسيط ٢٩٣/٧.
لكن الغزالي هنا وفي الوجيز ٢٣٨/٢ خالف فرجَّحَ المنع علماً أن أظهرهما - عند الجمهور الجواز - انظر: الروضة ١٢١/١١، مغني المحتاج ٣٧٨/٤، نهاية المحتاج ٢٣٠/٨.

(٢) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٦/٤.
قوله: "إن عمر وأبيَّ بن كعب، تحاكما إلى زيد بن ثابت"
أخرجه البيهقي من حديث عامر الشعبي قال: "كان بين عمر وأبي خصومة في حائط، فقال عمر: بيني وبينك زيد بن ثابت، فانطلقا، فطرق عمر الباب فعرف زيد صوته، فقال: يا أمير المؤمنين ألا بعثت إليَّ حتى آتيك فقال: "في بيته يؤتى الحكم". وانظر: البيهقي ٢٤٣/١٠، باب ماجاء في التحكيم.

(٣) قوله: "أن عثمان وطلحة تحاكما إلى جبير بن مطعم..." قال في التلخيص ١٨٦/٤ أخرجه البيهقي من رواية ابن أبي مليكه: أن عثمان ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة، بأرض له بالكوفة، ثم ندم عثمان، فقال: بعتك ما لم أره، فقال: طلحة: إنما النظر لي لأنك بعت ما رأيت، وأنا ابتعت مغّيباً، فجعلا بينهما جبير بن مطعم حكماً، فقضى على عثمان: أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة، لأنه ابتاع مغيباً".
والجبير بن مطعم بن عدي القرشي النوفلي، قدم على النبي ﷺ في فداء أسارى بدر، ثم أسلم بعد ذلك عام خيبر، وقيل يوم الفتح ... وكان أحد من يتحاكم إليه ... مات سنة ٥٦هـ.
انظر: تهذيب التهذيب ٥٦/٢.
وطلحة: هو طلحة بن عبيد الله بن عثمان القرشي. أحد العشرة، وأحد السابقين إلى الإسلام شهد أحداً وأبلى فيه بلاءً حسناً، حضر وقعة الجمل سنة ٣٦هـ وقتل في المعركة رضي الله عنه وعمره (٦٠ سنة) وقيل (٦٣سنة). انظر: تهذيب التهذيب ١٩/٥ و ٢٠.

(٤) في: أ "فتراضيا".

(٥) قوله: " ... من حكم بين اثنين ..." قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٥/٤ "ابن الجوزي في التحقيق قال: ذكر عبد العزيز من أصحابنا من نسخة عبد الله بن جراد فذكره وتعقبه صاحب التنفيح فقال: هي نسخة باطلة، كما صرح هو به في الموضوعات، وبالغ في الحط على الخطيب، لاحتجاجه بحديث منها فيما مضى من كتاب التحقيق".

أضعف القولين عند الإمام، وصاحب "الكتاب" وأقواهما عند المعْظَمِ. منهم الشيخ أبوحامد، وأتباعه، والقاضي الروياني[١].

ثم اختلفوا في محل القولين / من وجهين : (٤٤٨/ز)

أحدهما: هل تجري القولان في جميع مايقع فيه التداعي؟ فيه طريقان: أحدهما: وهو اختيار القاضي ابن كج: لا. بل يختص بالأموال، فأما النكاح، واللعان، والقصاص وحد القذف، فلا يجوز التحكيم فيها، لأنها، أمور خطيرة[٢]، فتناط بنظر القاضي ومنصبه.

والثاني: وبه قال الأكثرون: أنَّ الخلاف جار، في جميع مايقع فيه التداعي، لإطلاق الخبر السابق.

وحدود الله تعالى لايحكم فيها، إذ ليس لها طالب معين.

وفي "التهذيب" وغيره مايقتضي ذهاب بعضهم إلى إجراء الخلاف فيها.

والثاني: هل من فرق بين أن يكون في البلد قاض، أو لا يكون؟ فيه طرق.

أظهرها: أنه لافرق[٣].

وقال قائلون: القولان فيما إذا كان هناك قاض، أما إذا لم يكن فيجوز للضرورة.

وعكس عاكسون، فقالوا: القولان: فيما إذا لم يكن قاض، فإن كان، لم يجز بلا خلاف، محافظة على منصب القاضي.

التفريع: إذا جوزنا التحكيم، فيشترط في المُحَكَّمِ صفات القاضي، ولا ينفذ حكمه، إلا على من رضي بحكمه حتى لا تُضْرَبُ دية للقتل[٤] الخطأ على العاقلة، إذا

---

(١) انظر: الروضة ١٢١/١١، الوسيط ٢٩٣/٧، ونهاية المحتاج ٢٣٠/٨، ومغني المحتاج ٣٧٨/٤.

(٢) في: ز: "خطرة".

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) "للقتل" ليست في: ز.

لم يرضوا بحكمه ولا يكفي رضى القاتل[١].

وفيه وجه آخر: أنه يكفي، والعاقلة تبع له.

قال الشيخ: "أبو الفرج السرخسي"[٢]. هـذان الوجهـان مخصوصـان بقولنـا، إن الدية تجب على الجاني ثم على[٣] العاقلة يتحملون عنه، فأمـا إذا قلنـا: إنهـا تجـب علـى العاقلة ابتداء، فلا خلاف، في أنه، لا تضرب عليهم عند عدم الرضا، وهذا حسن[٤].

وذكر في الفصل شيئين آخرين:

أحدهما: أن رضا المتحاكمين، إنما يشترط إذا لم يكن أحد المتحـاكمين القـاضي نفسه، فإن كان، فهل يشترط رضا الآخر؟ حُكِيَ فيه اختلاف نص، وأن الظاهر[٥]، أنـه لايشترط، وليكن هذا مبنيـاً علـى جـواز الاسـتخلاف إن جـاز، فـالمرجوع إليـه، نـائب القاضي.

والثاني: أنه يشترط علـى أحـد الوجهـين، أن يكـون المتحاكمـان، بحيـث يجـوز للمحكم، أن يحكم لكل واحد منهما حتـى إذا كـان، أحدهمـا، ابنـه، أو أبـاه، لم يجـز التحكيم.

وليس للمحكَّم الحبس بل غايته الإثبات، والحكم، وفيـه وجـه بعيـدٌ أنـه يحبـس كالقاضي، وبما يلزم حكمه؟ فيه قولان، ويقال: وجهان.

أحدهمـا: بتراضيهمـا بعـد الحكـم، وبـه قـال: "المزنـي" لأن رضاهمـا معتـبر في

---

(١) وهو الصحيح. انظر: الوسيط ٢٩٤/٧، الروضة ١٢/١١، ومغني المحتاج ٣٧٨/٤.

(٢) هو: عبد الرحمن بن أحمد بن محمد بن أحمد، أبوالفرج السرخسي المشهور - بالزاز - فقيه مرو. كان أحد أئمة الإسلام، وممن يضرب به المثل في الآفاق في حفـظ مذهـب الشـافعي، ولـد سـنة إحدى أو اثنين وثلاثين وأربعمائة، توفي عام ٤٩٤هـ، من مصنفاته: كتاب "الأمالي" وهـو كتـاب فقه، نقل عنه الرافعي. انظر: تهذيب الأسماء واللغـات ٢٦٣/٢، طبقـات الشـافعية لابـن قـاضي شهبة ٦٦/١، شذرات الذهب ٤٠٠/٣.

(٣) "على" ليست في: ز.

(٤) "والصحيح الأول" ذكره النووي في الروضة ١٢٢/١١.

(٥) وهو المذهب. انظر المصدر نفسه، ومغني المحتاج ٣٧٨/٤.

أصل[١] الحكم، فكذلك في لزومه، وهذا أشبه بما قيل، في قسمة من تراضي الشريكان بقسمته، على ماسيأتي.

وأصحهما:على ماذكر القاضي "الروياني"، ويحكى عن أبي حنيفة، ومالك،وأحمد: أنه يلزم بنفسه كحكم الحاكم[٢]. ويدل عليه الخبر الذي سبق[٣].

ومهما رجع أحد الخصمين قبل أن يحكم امتنع عليه الحكم حتى لو أقام المدعي شاهدين، فقال: المدعى عليه: عزلتك، لم يكن له أن يحكم.

وعن الإصطخري: فيما إذا أحسَّ المدعى عليه بالحكم، تخريج وجهين، في: أنه هل يُمَكَّنُ من الرجوع؟ والظاهر الأول.

وإذا جوزنا التحكيم في غير الأموال، فإذا خطب رجل امرأة،وحكّما رجلاً في التزويج كان له أن يزوج.

قال "الروياني": وهذا هو الأصح[٤] واختيار الأستاذ أبي إسحاق الاسفرايني[٥]، وأبي طاهر الزيادي[٦]، وغيرهما من المشايخ.

وإنما يجوز فيه التحكيم إذا لم يكن لها وَلّيٌ خاص من نسب، أو مُعِتقٍ، وشُرِطَ في بعض "الشروح"، أن لايكون هناك حاكم.

---

(١) "أصل" ليست في: ب، ظ.

(٢) انظر: الروضة ١٢٢/١١، ومغني المحتاج ٣٧٩/٤، وانظر: الهداية ١٠٨/٣، ومختصر خليل ص ٢٥٩، ومنتهى الإرادات ٥٧٨/٢.

(٣) وهو قوله ﷺ "من حكم بين اثنين تراضيا به ..." الحديث.

(٤) انظر: بحر المذهب، جزء منه، لوحة ٧٦، دار الكتب المصرية.

(٥) "الاسفرايني" ليست في ب، ظ. وهو: إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن مهران. الأستاذ الاسفرايني - أبوإسحاق - الفقيه من أصحاب الوجوه في المذهب الشافعي، الإمام في الكلام والأصول، والفقه وغيره، ومصنفاته أكثر من أن تستوعب في مجلدات.
توفي بنيسابور عام ٤١٨هـ رحمه الله.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٦٩/٢.

(٦) هو: محمد بن محمد بن محْمِشْ، أبوطاهر المشهور بالزيادي كان إماماً في عصره بنيسابور في الحديث، والفقه، والعربية، ولد سنة ٣١٧هـ، وتوفي سنة ٤١٠هـ رحمه الله.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢٤٥/٢، طبقات الشافعية لابن هداية الله، ص ١٢٨.

وحكى صاحب "العدة" القاضي "أبوالمكارم الطبري" ابن أخت "الروياني"[(١)]: وجهين في اشتراطه، وليكن هذا مبنياً على الطريقة الفارقة بين أن يكون في البلد حاكم أو لايكون.

وإذا رُفِعَ حكم المحكَّم إلى القاضي، لم ينقضه إلا بما ينقض به[(٢)] قضاء غيره.

وقال: أبوحنيفة له نقضه، إذا لم يوافق رأيه، بخلاف قضاء القاضي[(٣)].

وقوله في الكتاب "وفي النكاح خلاف مرتب" إلى أخره. يشير إلى الطريقين المذكورين، في أن الخلاف هل يجري في غير الأموال؟ ووجه[(٤)] ترتُب النكاح على الأموال: أنه أتم خطراً، وأجدر بالاحتياط.

ووجه ترتب العقوبات على النكاح: أنه يسعى في دفعها، ولا يُوَسَّعُ بابها.

وقوله "وليس له الحبس" مُعَلَّمٌ بالواو.

وقوله: "واستيفاء العقوبة". أراد به أنه، وإن حكم بشيء من العقوبات كالقصاص، وحد القذف، فإنه لايستوفيه.

قال: في "الوسيط": لأن ذلك كله[(٥)] يَخْرُمُ أُبَّهةَ الولاة.

هذا شرح الفصل الأول[(٦)]، المعقود في التولية، ونختمه بمسائل آخر[(٧)] تتعلق بالتولية.

---

(١) "أبوالمكارم الطبري ابن أخت الروياني" ليست في: ز.
وأبو المكارم: هو: عبد الله بن علي الروياني، ويعرف بصاحب "العدة" وهو ابن أخت صاحب "البحر" "وحيث أطلق الرافعي في الشرحين "العدة" فمراده: عدة أبي المكارم".
انظر: طبقات الشافعية للإسنوي ١/٢٧٨، طبقات الشافعية لابن هداية الله، ص ٢٠٩.

(٢) "به" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) انظر: الهداية ١٠٨/٣.

(٤) في: ز "وجه".

(٥) "كله" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) "الأول" ليست في: ز.

(٧) "آخر" ليست في: ز.

[فصل: وفيه مسائل تتعلق بالتولية]

[قال الرافعي]: يجب على الإمام نصب القاضي في كل بلدة، وناحية عرف أنها خالية عن القاضي، إما بأن يبعث إليهم قاضياً من عنده، أو بأن يختار منهم من يصلح لذلك. ثم إن عرف حال من يوليه علماً وعدالة فذاك، وإلا أحضره، وجمع بينه، وبين أهل العلم، ليقف على قدر علمه، ويسأل عن سيرته جيرانه، وخلطاءه، وإذا ولي من لايعرف حاله لم تنعقد التولية. وإن عرف من بعد أنَّه بصفة[1] القضاة. ويجوز أن يجعل الإمام نصب القاضي إلى والي الإقليم وأمير البلدة، وإن لم يكن المجعول[2] إليه صالحاً للقضاء، لأنه سفير محض، وكذا لوفوض إلى رجل من عَرْض الناس، اختيار قاض، ثم ليس له أن يختار والده وولده، كما لا يختار نفسه.

ولو قال: لأهل بلدة: اختاروا رجلاً منكم، وقلدوه القضاء، حكى القاضي ابن كج فيه. وجهين:

أشبههما: الجواز[3]. ولابد في التولية من تعيين محل ولايته، من بلدة، أو قرية أو ناحية، ولابد من تعيين المُوليِّ، فلو قال: وليت أحد هذين، أو من رغب[4] في القضاء ببلدة كذا من علمائها، لم يجز.

ولو قال: "فوضت إلى فلان وفلان"، فهذا نصب قاضيين.

وفي كتاب: "الأحكام السلطانية" للقاضي الماوردي: أن تولية القضاء، تنعقد بما تنعقد به الوكالة وهو المشافهة باللفظ والمراسلة، والمكاتبة عند الغيبة"[5] ويجيء في المراسلة، والمكاتبة / خلاف[6] كما مرَّ في الوكالة[7]، وإن كان الظاهر، ماذكره[8]. (٤٤٩/ز)

---

(١) في: ب، ظ بصفاة.
(٢) في: أ "المحول" خطأ.
(٣) انظر: الروضة ١١/١٢٣.
(٤) في: ب "يرغب".
(٥) انظر: الأحكام السلطانية، للماوردي ت ٤٥٠، ط ٣، عام ١٣٩٣هـ، شركة مكتبة مصطفى البابي وأولاده بمصر، ص ٦٩.
(٦) في: أ بخلاف.
(٧) انظر: فتح العزيز مع المجموع ١١/١٨.
(٨) انظر: الروضة ١١/١٢٣.

وفيه: أن صريح اللفظ، قوله: "وليتك القضـاء"[١] و"استخلفتك واستنبتك"[٢]، ولم يذكر التفويض بصيغة الأمر، بأن يقول: اقض بين الناس، أو احكم ببلدة كذا.

وهو ملحق بالصرآئح[٣] كما في الوكالة[٤].[٥]

وفيه أن الكتابات: قوله[٦]: "اعتمدتُ عليك في القضاء"، أو "عولت" أو "رددته إليك"، أو "فوضت"، أو "وكلت"، أو "أُسندت" فينبغي[٧] أن يقترن بها مايلحقها بالصرائح[٨] ولايكاد يتضح فرق بين أن يقول: "وليتك القضاء"، وبين أن يقول "فوضته إليك"[٩].

وفيه: أن عند الشافهة يعتبر القبول على الفور، وفي المراسلة، والمكاتبة، لايعتبر الفور، لكن سبق في "الوكالة" خلاف في أنه هي يشترط القبول؟ وذكرنا: أنه إن كان شرطاً، فالأظهر أنه لايعتبر فيه الفور، فليكن، كذلك هاهنا[١٠].

ويجوز تعميم التولية، وتخصيصها، إما في الأشخاص بأن يُولِّيه القضاء بين سكان محلة، أو قبيلة، أو في خصومات شخصين معينين.

وكذا، لو ولاه القضاء بين من يرده في داره، أو مسجده من الخصوم.

وإما في الحوادث: بأن يوليه في الأنكحة، دون الأموال، وفي قدرٍ معين من المال.

---

(١) "القضاء" ليست في: ب، ظ.
(٢) في: أ "استنبأتك".
(٣) في: ب، ظ "الصريح".
(٤) في: ز "في باب الوكالة".
(٥) انظر: فتح العزيز مع المجموع ١٨/١١.
(٦) "قوله" ليست في: أ، ب.
(٧) في: ز "وينبغي".
(٨) في: ب، ظ "بالصريح".
(٩) قال النووي في الروضة ١٢٤/١١ "الفرق واضح، فإن قوله: وليتك متعين لجعله قاضياً، وفوضت إليك محتمل أن يراد توكيله في نصب قاض. والله أعلم.
(١٠) انظر: فتح العزيز مع المجموع ٢٠/١١، والروضة ٣٠٠/٤.

وإما في طرف الحكم: بأن يوليه القضاء بـالإقرار دون البينـة. وإمـا في الأمكنـة، وهو ظاهر، وإما في الأزمان، بـأن يوليـه سـنةً، أو يومـاً معينـاً، أو يومـاً سمـاه مـن كـل أسبوع.

وذكر القاضي ابن كج وجهاً: أنه إذا قال: قلدتك سنة بطلت التولية، كما في الإمامة، والظاهر الأول[١]، تشبيهاً بالوكالة، ولو كان كالإمامة[٢] لما جاز سائر التخصيصات.

ومن ولي القضاء مطلقاً استفاد بالتولية المطلقة سماع البينة، والتحليف وفصل الخصومات، بحكم بَاتٍّ، أو يصلح عن تراض. واستيفاء الحقوق، والحبس عند الحاجة، والتعزير، وإقامة الحدود وتزويج اللواتي ليس لهن وليٌّ خاص.

والولاية في مال الصغار والمجانين، والسفهاء والنظر في الضوال، وفي الوقوف حفظاً للأصول، وإيصالاً للغلات إلى مصارفها بالتفحص[٣] عن حال المتولي إذا كان لها متولٍ، وبالقيام به إذا لم يكن.

قال القاضي "الماوردي": ويعمم[٤] في الوقوف العامة والخاصة، لأن الخاصة ستنتهي إلى العموم أيضاً، والنظر في الوصايا، وتعيين المصروف إليه، إذا كانت الوصية لجهة عامة بالقيام بها[٥] إن لم يكن وصي وبالتفحص عن حاله إن كان، والنظر في الطرق، والمنع[٦] من التعدي فيها بالأبنية، وإشراع مالايجوز إشراعه من الأجنحة[٧].

قال القاضي: أبو سعد الهروي[٨] ونصب المفتين والمحتسبين، وآخذ الزكوات

---

(١) انظر: الروضة ١١/١٢٥.
(٢) في: ز "كالوكالة".
(٣) في: ب، ظ "بالفحص".
(٤) في: ز "ويعمم النظر".
(٥) في: ب "والقيام"
(٦) "والمنع من" ليست في: ب، ظ.
(٧) الأحكام السلطانية ص ٧٠ - ٧١.
(٨) هو: محمد بن أحمد بن أبي يوسف الهروي، القاضي أبوسعد، تفقه على أبي عاصم العبادي، وشرح كتابه "أدب القضاء، اسماه "بالإشراف" كان أحد الأئمة، نقل عنه الرافعي، قتل شهيداً
=

وفصل الماوردي[١] - رحمه الله - أمر الزكوات.

فقال: إن أقام الإمام لها ناظراً أخرجت عن عموم ولاية القاضي، وإلا فوجهان:

ويشبه أن يطرد هذا التفصيل في المحتسبين، وكذلك القول في إمامة صلاة الجمعة والعيدين، ويقرب من هذه الأمور، نصب الأئمة في المساجد، وليس للقاضي جبايةُ الخراج، والجزية بالتولية المطلقة في أظهر الوجهين[٢].

= مع إبنه في جامع همذان، وكان قاضياً هناك سنة ٤٨٨هـ. انظر: طبقات الشافعية للأسنوي ٢/٢٩٢.

انظر: طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١٨٧.

(١) انظر: الأحكام السلطانية ص ٧٠.

(٢) انظر: الروضة ١١/١٢٥ حيث قال فيها " على الأصح ".

[الفصل الثاني: في عزل القاضي وانعزاله وفيه مسائل]

(قال [الغزالي]: الفصل الثاني في العزل.

وفيه مسائل:

الأولى: إن طريان الجنون والعمى والنسيان يوجب الانعزال، وكذا طريان الفسق على الأظهر، ولو جُنَّ ثم أفاق عادت ولايته على أضعف الوجهين).

[قال الرافعي]: في عزل القاضي، وانعزاله، مسائل:

المسألة الأولى: إذا جن أو أغمي عليه أو خرس ونحو ذلك

إحداها: إذا جُنَّ، أو أُغْمِيَ عليه، أو خُرِسَ، أو خرج عن أهلية الضبط، والاجتهاد بغفلة، أو نسيان، لم ينفذ حكمه في هذه الأحوال[1].

وكذلك لو فسق في أصح الوجهين بخلاف الإمام الأعظم إذا فسق، لما في إبطال ولايته، من اضطراب الأمور، وحدوث الفتن[2]، وإذا طرأت هذه الأحوال، وزالت ففي عود ولاية القاضي وجهان.

قد ذكرناهما في باب "الوصاية"[3].

وأصحهما: أنها لاتعود إلا بتولية مستأنفة[4].

وبالثاني: أجاب صاحب "التلخيص"[5] تخريجاً من قول الشافعي - رضي الله عنه - في أهل البغي. أنهم لايُقاتلون حتى يناظروا، ويُسْألُوا ماذا ينقمون[6]، فقد

---

(١) قال في مغني المحتاج ٣٨٠/٤ "يستثنى من عدم نفوذ قضاء الأعمى مالو سمع البينة وتعليلها، ثم عمي، فإن قضاءه ينفذ في تلك الواقعة إن لم يحتج إلى إشارة، فكأنه إنما انعزل بالنسبة إلى غير هذه الواقعة. بل لو عاد بصيراً تبين أنه لم ينعزل، لأنه لو ذهب لما عاد".

(٢) انظر: الروضة ١٢٦/١١، ومغني المحتاج ٣٨١/٤.

(٣) انظر: الروضة ٣١٣/٦، وانظر: المصدرين السابقين.

(٤) كالوكالة، "لأن الشيء إذا بطل لم ينقلب إلى الصحة بنفسه، وإن زال المانع كالبيع ونحوه، والثاني: تعود من غير استئناف تولية كالأب إذا جن ثم أفاق، أو فسق، ثم تاب" ذكره صاحب مغني المحتاج ٣٨١/٤.

(٥) هو: أبوالعباس بن القاص سبقت ترجمته ص١٦٥.
وقد تصفحت كتابه "التلخيص" باب الجهاد والقضاء، فلم أطلع على ذلك. والله أعلم. تصحيح

(٦) في: ز "ينقموا".

يسألون عزل عاملٍ يذكرون جَوْرَهُ"[١] فلو كان العامل ينعزل بالجور، لقال يدعون انعزاله بالجور، و لم يقل يسألون عزله، إلا أنه لم يطرد جوابه في صورة الردة.

وسُلِّم أنه إذا تاب بعد الردة احتاج إلى عقد جديد.

قال الشيخ: أبو زيد[٢] والقياس التسوية.

وفي "أمالي أبي الفرج السرخسي"[٣] القطع بأنه إذا زال الإغماء عادت الولاية بخلاف الجنون.

ولو أُخْبِرَ الإمام بموت القاضي[٤]، أو فِسْقِهِ فولىَّ قاضياً، ثم بان خلافه، لم يقدح ذلك في تولية الثاني.

وقوله: في الكتاب "يوجب الانعزال" . أراد بالانعزال بطلان الحكم، والنظر في الحال، لا البطلان الكلي.

إذ لو اراد البطلان الكلي لم يحسُنْ ذكر الوجهين بعد ذلك في عود الولاية.

ومسألة عود الولاية بعد الإفاقة من الجنون، قد ذكرها مرة في باب الوصاية. وكذا مسألة طريان الفسق، إلا أنه لم يذكر الخلاف هناك، واقتصر على الجواب الأصح[٥].

ولفظ الانعزال في ذلك الباب أيضاً، محمول على ماذكرناه.

[المسألة الثانية: في الأحوال التي يجوز فيها عزل القاضي]

([قال الغزالي]: الثانية: يجوز العزل عند ظهور خلل، ويجوز بمن هو أفضل من غير خلل، وبمثله وبمن دونه لايجوز إلا لمصلحة، ولكن إن فعل نفذ للمصلحة، وطاعة السلطان، وهل يقف الانعزال على بلوغ الخبر؟. قيل: هو / كالوكيل، وقيل ٤٥٠/ز

(١) انظر: الأم ٢١٨/٤.

(٢) سبقت ترجمته ص ١٣٠.

(٣) سبقت ترجمته ص٢٨٩.

(٤) "القاضي" ليست في: أ.

(٥) انظر: الوجيز ٢٨٢/١، والروضة ٣١٣/٦.

يقطع بأنه لاينعزل للضرورة، ولو قال: إذا قرأت كتابي هذا، فأنت معزول، انعزل إذا قُرِأَ عليه، ولا ينعزل قبل القراءة، وينعزل بانعزاله، كل مأذون له في شغل معين، وفي نائبه في كل ناحية خلاف، والقضاة لاينعزلون بموت الإمام وانعزاله، للضرر).

[قال الرافعي]: مقصود المسألة بيان أمور:

أحدها: أنّ العزل متى يجوز؟ فإن ظهر من القاضي خلل، فللإمام عزله، قال في "الوسيط"[(١)] ويكفي فيه[(٢)] غلبة الظن، وإن لم يظهر خلل، فإن لم يكن ثَمَّ من يصلح للقضاء، فلا يجوز عزله، ولو عزله، لم ينعزل، وإن كان هناك صالح آخر، فإن كان أفضل جاز عزله به، وانعزل المفضول، وإن كان مثله، أو دونه، قال الإمام "يُنْظَرُ: إن كان في العزل[(٣)] مصلحة، من تسكين فتنة، ونحوه فللإمام أن يعزله به" وإن لم تكن فيه مصلحة، لم يجز عزله به" ولو فعله هل ينفذ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا: لأنه، لا خلل في الأول، ولا مصلحة في عزله.

وأشبههما: نعم للمصلحة، وطاعة السلطان. وهذا هو المذكور في "الكتاب"[(٤)] واختيار الإمام[(٥)].

ومهما كان العزل في محل النظر. واحتمل أن يكون فيه مصلحة فلا اعتراض فيه على الإمام، ويُحْكَمُ بنفوذه، وفي بعض الشروح، ذكر وجهين في أن تولية قاض بعد قاض، هل يكون عزلاً للأول؟ وليكونا مبنيين على أنه هل يجوز أن يكون في بلد قاضيان[(٦)]؟ وللقاضي أن يعزل نفسه كالوكيل. وفي "الإقناع"[(٧)] للماوردي: أنه إذا عزل نفسه لم ينعزل إلا بعلم من قلده.

والثاني: هل ينعزل القاضي قبل أن يبلغه خبر العزل؟ فيه طريقان:

---

(١) انظر ٢٩٥/٧.
(٢) "فيه" ليست في: ز.
(٣) في: أ، ب "العزل به".
(٤) الوجيز ١٩٣/١.
(٥) انظر: الروضة ١٢٦/١١، ومغني المحتاج ٣٨١/٤.
(٦) انظر: الروضة ١٢٠/١١ و ١٢١.
(٧) انظر: الإقناع ص ١٩٦.

أحدهما: أنه على قولين كالوكيل، وبهذا قال صاحب "التلخيص"، والقاضي ابن كج.

وأصحهما: وبه قال: أبوزيد: القطع بأنه لاينعزل لعظم الضرر في ردِّ أقضيته[١] بعد العزل، وقبل بلوغ الخبر[٢].

ثم الخلاف فيما إذا عزله لفظاً، أو كتب إليه: أني عزلتك، أو أنت معزول.

فأما إذا كتب إليه: إذا أتاك كتابي هذا، فأنت معزول، فلا ينعزل قبل القراءة، ثم إذا قرأ بنفسه فذاك، وإن قُرِئَ عليه فوجهان:

أحدهما: لاينعزل لصورة اللفظ. وأصحهما: الانعزال. وهو المذكور في "الكتاب"[٣]، لأن غرض الإمام، إعلامُه صورة الحال، لا قراءته بنفسه.

وفي[٤] مثله في الطلاق. والأظهر أنه يقع الطلاق، لأن الطلاق قد تعلق على قراءتها خاصة، فيتبع اللفظ. ولو كان أمياً تفريعاً على جوازه، فقرىء عليه فالحكم بالانعزال أولى، والظاهر في مثله من مسألة الطلاق، الوقوع أيضاً[٥].

والثالث: فيمن ينعزل بموت القاضي، وانعزاله: وينعزل به كل مأذون له في شغل معين، كبيع على ميت أو غائب، وسماع شهادة في حادثة معينة.

وأما من استخلفه في القضاء، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: ينعزل كما ينعزل[٦] الوكيل بموت الموكل، وهذا ما أورده القاضي "الروياني".

وثانيها: المنع رعاية لمصلحة الناس.

---

(١) انظر: هامش العزيز شرح الوجيز ٤٤٢/١٢، ومغني المحتاج ٣٨١/٤.
(٢) انظر: الروضة ١٢٦/١١ "وهو المذهب".
(٣) انظر: الوجيز ١٣٨/١ هامش، والعزيز شرح الوجيز ٤٤٢/١٢، والروضة ١٢٧/١١.
(٤) في: ب، ظ "ففي".
(٥) انظر: الوجيز ٥٥/٢، والعزيز شرح الوجيز ٥٣٧/٨.
(٦) "كما ينعزل الوكيل" ليست في: أ، ب، ظ.

وأظهرها[١]: أنه ينعزل، إن لم يكن القاضي مأذوناً في الاستخلاف، لأن الاستخلاف في هذه الحالة إنما يجوز لحاجته إلى من يعاونه في العمل، فإذا زالت ولايته، بطلت المعاونة، وإن كان مأذوناً في الاستخلاف، فينظر، إن قال: استخلف عني فاستخلف عنه، لم ينعزل خليفته، لإنه مأذون من جهة الإمام وكان الأول سفيراً في التولية.

وإن قال: استخلف عن نفسك، أو أطلق، فينعزل، لظهور عرض المعاونة، وبطلان المعاونة ببطلان ولايته.

ولو نصَبَ الإمام بنفسه نائباً عنه، فقد ذكر الشيخ أبوالفرج السرخسي[٢]: أنه لاينعزل بموت القاضي، وانعزاله؛ لأنه مأذون من جهة الإمام.

ويجوز أن يقال: إذا كان الإذن مقيداً بالنيابة، و لم يبق الأصل، لايبقى النائب، ويتخرج على هذا الخلاف، والتفصيل: أن القاضي، هل له أن يعزل الخليفة، والقُوَّامَ على الأيتام، والأوقاف؟

جعلهم صاحب الكتاب في "الوسيط"[٣] في معنى الخلفاء.

والمشهور: أنهم[٤] لاينعزلون بموت القاضي وانعزاله، من غير خلاف كيلا تختل أبواب المصالح، وصار سبيلهم، سبيل المتولين المنصوبين من قبل الواقفين. والقضاة، والولاة لاينعزلون بموت الإمام الأعظم وانعزاله، لشدة الضرر، وفي تعطيل الحوادث، إلى أن يُنْصَبَ أمامٌ، ويُنَصبُ قضاة. وا لله أعلم[٥].

---

(١) انظر: الروضة ١٢٧/١١، ومغني المحتاج ٣٨٢/٤.

(٢) "السرخسي" ليست في: ز.

(٣) انظر: ٢٩٥/٧.

(٤) في: أ "أنه".

(٥) انظر: هامش العزيز ٤٤٣/١٢، والوسيط ٢٩٦/٧، الروضة ١٢٧/١١، مغني المحتاج ٣٨٣/٤.

[المسألة الثالثة: في أحكام القاضي المعزول]

(قال [الغزالي]: الثالثة: لو قال: بعد العزل قضيت بكذا، لم يقبل قوله، إلا بحجة، فلو شهد مع عدل على أن هذا قضى به[١] قاض، ولم يذكر نفسه[٢] فوجهان: وقبل العزل يقبل قوله، بغير حجة).

قال [الرافعي]: إذا قال القاضي بعد العزل: كنت[٣] حكمت لفلان بكذا، لم يقبل؛ لأنه[٤] لايملك الحكم حينئذٍ، فلا يقبل إقراره به، وإنما يثبت حكمه بالبينة[٥]، فإن شهد مع آخر على أنه حكم به ففي قبول شهادته، وجهان:

أحدهما: وبه قال: "الإصطخري" أنها تقبل، لأنه لايجر بشهادته نفعاً إلى نفسه، ولا يدفع ضرراً.

والثاني: لاتقبل، لأنه يشهد على فعل نفسه، وهذا أصح باتفاق الأصحاب[٦].

وإذا شهدت المرضعة على فعل نفسها. فقالت: أرضعته، ففي قبول شهادتها، وجهان[٧] مذكوران في الرضاع.

واختلفوا في الراجح منهما، فمن رجح الوجه الذاهب إلى عدم[٨] القبول هناك استوى البابان عنده، ومن رجح القبول، فرق بأن فعل الحاكم مقصود وفعل المرضعة لا

---

(١) "به" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: ز "ففيه وجهان".

(٣) "كنت" ليست في : ز.

(٤) في: أ "لأنه لم " وهي زائدة.

(٥) قال في مغني المحتاج ٣٨٣/٤ " ... إلا ببينة، لأنه لا يملك إنشاء الحكم حينئذٍ، فلا يملك الإقرار. نعم لو انعزل بالعمى، قُبل منه ذلك، لأنه إنما انعزل بالعمى فيما يحتاج إلى الإبصار، وقوله: "حكمت عليك بكذا لايحتاج إلى ذلك. قاله البلقيني...".

(٦) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١٤٥/١، والوسيط ٢٩٦/٧، والروضة ١٢٦/١١، ومغني المحتاج ٣٨٣/٤.

(٧) أحدهما: لا تقبل ... وأصحهما: تقبل. وبه قطع الأكثرون. انظر: الروضة ٣٧/٩، والعزيز شرح الوجيز ٦٠١/٩.

(٨) وهو الأصح: انظر: الروضة ١٢٨/١١، ومغني المحتاج ٣٨٣/٤.

اعتبار به، وإنما المعتبر وصول اللبن إلى الجوف، وبأن شهادته على حكمه، تتضمن تزكية نفسه، لأن الحاكم لابدَّ، وأن يكون عدلاً، والمرضعة بخلافه.

وإذا قلنا: بالأصح، فلو شهد المعزول مع غيره: أن / حاكماً جائز الحكم، حكم (٤٥١/ز) بكذا، و لم يضف إلى نفسه، فوجهان:

أقربهما القبول كما لو شهدت المرضعة على رضاع محرم، و لم تذكر فعلها.

ووجه المنع: أنه قد يريد نفسه، فلابّد من البيان، ليزول الإلتباس.

والوجهان، يتفرعان على: أنه إذا قامت البينة على حكومة حاكم من الحكام تقبل، ولاحاجة إلى التعيين، وهو المشهور، وأشار بعضهم إلى وجه آخر. فعلى ذلك الوجه لا تقبل شهادة واحد منهما[١].

ثم يجوز أن يقال: الوجهان: فيما إذا لم يعلم القاضي أنه يشهد على فعل نفسه، أما إذا علمه، فلا فرق بين المطلق، والمضاف.

ويجوز أن يعكس، ويقال: الوجهان فيما إذا علم: أنه يشهد على حكم[٢] نفسه، أما إذا لم يعلم، فتقبل لا محالة لجواز أنه يريد حكم غيره، وعلى هذا الاحتمال.

فلو شهد المعزول على[٣] أن حاكماً حكم به، وشهد الذي معه أن المعزول قد حكم به، وجب أن نقبل، لأنا لا نعتني على هذا التقدير إلا بأن نصحح الصيغة، ولا يشهد على فعل نفسه[٤]. ولو أن المعزول شهد على أنه مَلْكُ فلان، أو على أن فلاناً أقر في مجلس حكمي بكذا، قبلت شهادته، فإنه لم يشهد على حكمه.

وقول القاضي في غير محل ولايته: حكمت لفلان بكذا، كقول المعزول.

وأما قبل العزل، فإذا قال: حكمت بكذا، يقبل لقدرته على الإنشاء في الحال،

---

(١) انظر: الروضة ١٢٨/١١، ومغني المحتاج ٣٨٤/٤.
(٢) في: ز "فعل".
(٣) "على" ليست في: ز.
(٤) قال النووي: "والإحتمال الأول: هو الصحيح". الروضة ١٢٨/١١.

حتى لو قال: على سبيل الحكم، نساءُ هـذه القرية طوالق من أزواجهن يقبل[١]، ولا حاجة إلى حجة[٢].

ويجوز أن يعلم قوله: في الكتاب "لم يقبل قوله إلا بحجة" بالألف، لأن عند أحمد رحمه الله يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل[٣].

وأن يعلم قوله: "وقبل العزل، يقبل قوله بغير حجة" بالميم، لأن عن مالك[٤] رضي الله عنه. أنه لايقبل إلا بحجة.

[فرعان]

[قال الرافعي] فرعان: ذكرهما "أبوسعيد الهروي" في "شرح أدب القضاء" للشيخ[٥] أبي عاصم العبادي.

أحدهما: قال القاضي بعد العزل المال الذي في يد هذا الأمين دفعته إليه لزيدٍ، أيام قضائي. وقال الأمين: إنه لعمرو وما قبضته منك، فالقول قول الأمين، وإن سلم القبض منه فالقول قول القاضي.

الثاني: يجوز أن يكون الشاهدان على حكم القاضي هما اللذان شهدا عند القاضي فرتبَ[٦] الحكم على شهادتهما لأنهما الآن[٧] يشهدان على فعل القاضي.

وحُكِيَ أن الأستاذ أبا طاهر[٨] قال: على هذا تفقهت وأدركت القضاة" والله أعلم.

---

(١) "يقبل" ليست في: ب.
(٢) انظر هامش العزيز ١٢/٤٤٥، والروضة ١١/١٢٨، مغني المحتاج ٤/٣٨٤.
(٣) انظر: المغني ١٤/٨٥.
(٤) انظر: مختصر خليل ص ٢٥٩.
(٥) "الشيخ" ليست في: ز.
(٦) في: ز "ورتب".
(٧) في: أ "لأ، يشهد".
(٨) سبقت ترجمته ص٢٩٠.

[المسألة الرابعة: لو ادعى على القاضي المعزول رشوة أو حكماً باطلاً].

(قال [الغزالي]: الرابعة: لو ادعى على معزول رشوة[1]، أحضره القاضي، وفصل الخصومة بينهما[2]، وكذا إن قال: أخذ المال مني بشهادة عبدين، ولو ذكر الحكم[3]، ولم يذكر الآخذ، ففي سماع الدعوى وجهان، إذ في[4] وجوب الغُرْم على القاضي خلاف إذا لم يأخذه، ولو قال: نائب المعزول أخذت هذا المال أجرة عملي، لم يقبل، وإن صدَّقه المعزول إلا بحجة، وهل يكفي يمينه في مقدار أجرة[5] المثل؟ فيه وجهان).

[قال الرافعي] ليس على القاضي تتبع أحكام من قبله من القضاة، اكتفاءً بأن الظاهر منها السداد، لعلمهم، وعدالتهم، وفي جواز تتبعها، وجهان، مذكوران في "المهذب"[6].

اختيار الشيخ أبي حامد منهما[7]: الجواز احتياطاً.

وإذا جاءه متظلم من القاضي المعزول، وطلب منه إحضاره، لم يتسارع إلى إجابته، فإنه قد يقصد ابتذاله، بل يسأله عما يريد منه، فإن ذكر أنه يدَّعي عليه عيناً، أو

---

(١) "الرِّشوه" بالكسر - جمعها "رِشاً" مثل سِدرة وسِدَر، "ورشوتُه" "رَشْواً" من باب قتل: أعطيته "رشوة" "فارتشى" أي أخذ. وأصله "رَشَا" الفرخ إذا مد رأسهُ إلى أمه لِتزُقَّهُ. قال في المصباح ٢٢٨/١. ثم قال أيضاً: "ما يعطيه الشخص الحاكم وغيره ليحكم له أو يحملهُ على مايريد" وقال في مغني المحتاج ٣٨٤/٤ "دفع لمن لم يحكم بالحق، أو يمتنع عن الحكم به"
وقال الجرجاني في كتابه "التعريفات" ص ١١، طبعة عام ١٤١٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت. "الرشوة: ما يعطي لإبطال حقٍ، أو لإحقاق باطل".

(٢) "بينهما" ليست في: ز.

(٣) "ذكر الحكم" ليست في: ز.

(٤) في: ز "لأن".

(٥) في: أ، ب، ظ "أجر".

(٦) انظر: المهذب ٣٨٠/٢، والروضة ١٢٩/١١.

(٧) في: أ، ب "منها".

دَيْناً[١] على معاملة، أو إتلاف، أو غصب، أحضره، وفصل الخصومة[٢] بينهما، كما يفصل بين سائر الناس.

ولو قال: أخذ مني كذا على سبيل الرشوة المحرمة، أو أخذ[٣] مني بشهادة عبدين، أو غيرهما، ممن لا تقبل شهادته، ودفعه إلى فلان فكذلك الجواب، لأن هذا الأخذ كالغصب، وفلان الذي يدعى الدفع إليه، إن قال: أخذته بحكم المعزول ليّ[٤]، لم يقبل قوله، ولا قول المعزول له بل يحتاج إلى بينه، تشهد على حكم المعزول له أيام قضائه، فإن لم تكن[٥] بينة انتزع المال منه[٦]، وإن اقتصر على أنه لي، و لم يتعرض للآخذ من المدعي، ولا بحكم المعزول، فالقول: قوله مع يمينه.

ولو أن المتظلم لم يتعرض للأخذ، ولكن قال: حكم عليَّ بشهادة عبدين، ومن في معناهما، فكلام معظم الأئمة يخالف ما في "الكتاب"[٧]. قال: المعظم في إحضاره وجهان: أحدهما: يحضره ليجيب عن دعواه كما لو طلب إحضار غيره.

والثاني: أنه لايحضره إلا ببينة تقوم على مايدعيه، أو على إقرار المعزول بما يدعيه، لأنه كان أمين الشرع، والظاهر مُضِيّ[٨] أحكامه على الصواب، فيكتفي[٩] بهذا الظاهر، إلى أن تقوم الحجة على خلافه، وهذا أصح عند صاحب: "التهذيب"[١٠]. والأول: أصح عند القاضي الروياني، وغيره.

---

(١) "عيناً ، أو ديناً" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: أ "الحكومة" وهو خطأ.

(٣) في: أ " وأخذ".

(٤) في: أ "له".

(٥) في: أ "تقم".

(٦) في: أ "منه المال".

(٧) قال النووي رحمه الله: "فقد حكى الغزالي وجهاً أن دعواه لا تسمع، ولا يصغي إليه، وهذا الوجه خطأ، لانعرفه لأحد من الأصحاب، بل اتفق الأصحاب على أن دعواه مسموعة، وبينته محكوم بها" الروضة ١١/١٢٩.

(٨) "مضي" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) في: أ "فيكفي".

(١٠) انظر: التهذيب ١٠/ لوحة، فصل، كتاب قاض إلى قاض بدون ترقيم.

وإذا قلنا: بالثاني، فليس ذلك على معنى أن البينة تقام في غيبته، ويكتفي بها، ولكن الغرض أن يكون إحضاره عن بينة فَيَحْضِرُ المدَّعي الشهود[١] ليعرف القاضي منهم أن لدعواه حجةً، وحقيقة، ثم إذا حضر المعزول، وادَّعى المدَّعي، وشهد الشهود في وجهه على المعهود، وإذا حضر بعد البينة، أو دونها، وأقر طولب بمقتضاه، وإن أنكر صدق، وكيف يصدق بيمين أم بغير يمين؟ فيه وجهان؟

أحدهما: بيمين، وهو اختيار العراقيين، والقاضي "الروياني"[٢]، كالمودع، وسائر الأمناء، إذا ادعيت عليهم خيانة.

والثاني بغير يمين، وبه قال: "الإصطخري"، وصاحب "التلخيص"[٣]، لأنه كان أمين الشرع، فيصان منصبه على التحليف والإبتذال بالمنازعات الباطلة، وهذا أحسن وأصح عند الشيخ أبي عاصم، وصاحب "التهذيب"[٤] وبه قال صاحب: "التقريب"[٥] والقاضي الماوردي، ولا فرق في ذلك بين أن يدعي عليه الحكم في مال، أو دم، حتى إذا ادعى عليه أنه قتل أباه ظلماً بالحكم يرى الخلاف في أن إحضاره هل يتوقف على البينة؟ وفي أنه هل يحلف إذا أحضر وأنكر؟ فهذا ماذكروه وهم متفقون على أن الدعوى مسموعة في الجملة وعلى[٦] أن بينة المدعي محكوم بها، وأما صاحب "الكتاب"، فإنه نصب الخلاف في سماع أصل الدعوى، وقال: إنه مبني على الخلاف في أن الحكم بشهادة العبدين، ومن في معناهما هل يقتضي غرماً؟ وهذا الخلاف غير معروف، نعم إذا كان المحكوم به قطعاً، أو قتلاً، فعن "الإصطخري": أن القاضي إنما يضمن إذا استوفى بنفسه، أو أمر به من استوفاه، فأما[٧] إذا استوفاه الولي بإذن القاضي، فلا ضمان على القاضي، وخالفه الأكثرون، وقالوا: لافرق فإن القاضي هو

---

(١) "وهو المذهب" انظر: الروضة ١١/١٢٩، ومغني المحتاج ٤/٣٨٥.
(٢) وهو المذهب. انظر: الروضة ١١/١٣٠، ومغني المحتاج ٤/٣٨٥.
(٣) التلخيص، لابن القاص، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ محمد على معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ص ٦٤٥.
(٤) ١٠/ لوحة، كتاب القاضي إلى قاض، بدون ترقيم.
(٥) سبقت ترجمته ص١١٣.
(٦) في: أ "على".
(٧) في: ب، ظ "فإذا".

الذي سلط الولي فيمكن أن يجري هذا الخلاف في الأموال.

والقول في أن القاضي كيف يُغَرم مبسوط[١] في موضعه[٢]، والدعوى على نائب المعزول في القضاء كالدعوى على المعزول.

وأما أمناؤه الذين يجوز لهم أخذ الأجرة، فلو حوسب بعضهم فبقي عليه شيء، فقال: أخذت هذا المال أجرة عملي، فصدقه المعزول، لم ينفعه تصديقه، ولكن يسترد منه مايزيد على أجرة المثل، وهل يصدق بيمينه في أجرة المثل؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا، بل عليه البينة على جريان ذكر الأجرة.

والثاني: نعم، لأن الظاهر أنه لايعمل مجاناً. قال الإمام والخلاف مبني على أن من عمل لغيره، لم يجر ذكر أجرة، هل يستحق أجرة المثل؟ وقد تبين بما ذكرنا أن قوله، "ولو قال: نائب المعزول" ليس المراد نائبه في القضاء، فإن القاضي لايأخذ أجرة، وإنما المراد الأمناء.

وقوله: "لم تقبل، وإن صدقه المعزول، إلا بحجة" ظاهره يقتضي قبول الحجة على الإطلاق. ومعلوم أن الزيادة على أجرة المثل، لاتقبل فيها الحجة بحال، وأما قدر أجرة المثل فيحتاج فيه إلى الحجة أم يكفي اليمين؟ فيه الوجهان[٣]. هذا حكم الدعوى على المعزول.

أما المولي فإن ادعى عليه مُدَّعٍ بما لايتعلق بالحكم حكم بينهما خليفته، أو قاضٍ آخر. وإن ادعى ظلماً في الحكم وأراد تغريمه لم يُمكّن، ولم يحلف القاضي، ولا تغني إلا البينة، وكذا لو ادعى على الشاهد أنه شهد بالزور، وأراد تغريمه، لأنهما أمينان شرعاً.

ولو فُتِحَ بابُ تحليفهما لاشتد الأمر، ورغب القضاة عن القضاء، والشهود عن أداء الشهادات، وكذا الحكم لو قال: للقاضي قد عُزِلْتَ وأنكر.

وعن الشيخ أبي حامد أن قياس المذهب التحليف في جميع ذلك كسائر الأمناء إذا ادعيت[٤] عليهم خيانة.

---

(١) في: أ، ب، ظ "وسيط".
(٢) سيأتي إن شاء الله في باب الرجوع .
(٣) في: أ "وجهان".
(٤) وهو المذهب، انظر: الروضة ١٣١/١١، ومغني المحتاج ٣٨٥/٤، وانظر بهامش العزيز ٤٤٩/١٢.

(قال [الغزالي]: الباب الثاني: في جامع[1] آداب القضاء.

"وفيه فصول"

الفصل الأول: في آداب متفرقة. وهي عشرة.

الأدب[2] الأول: أن يشيع الولاية قبل قدومه، فإن قدم[3] من غير إشاعة، ولا[4] كتاب، لم يقبل قوله، فإن[5] كان معه كتاب من غير شاهدين، ففي لزوم الطاعة بمجرده[6]، وجهان. وحيث تظهر أمارة التلبيس، يجوز التوقف لا محالة).

[الأدب الأول: في إعلان الولاية: إما بكتاب أو شهادة أو استفاضة]

[قال الرافعي]: ليكتب الإمام كتاب العهد لمن يوليه القضاء، كما كتب رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم[7] رضي الله عنه لما بعثه إلى اليمن. وكما كتب أبوبكر، لأنس

---

(١) في: أ "جوامع".

(٢) "الأدب" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: ز "قبل".

(٤) "لا" ليست في: ز.

(٥) في: ز "وإن".

(٦) في: ز "بخلاف".

(٧) هو: عمرو بن حزم بن زيد بن كوْذَان الأنصاري، صحابي مشهور شهد الخندق، فما بعد، وكان عامل النبي ﷺ على نجران، مات بعد الخمسين، وقيل في خلافة عمر.
انظر ترجمته في: تقريب التهذيب ٦٨/٢.
والحديث: قال عنه ابن حجر في التلخيص ١٧/٤ "روي عن عمرو بن حزم أنَّ النبي ﷺ: كتب في كتابه إلى أهل اليمن: أن الذكر يقتل بالأنثى..."
هذا طرف من كتاب النبي ﷺ وهو مشهور قد رواه [مالك ٨٤٩/٢ - كتاب العقول - باب ذكر العقول. والشافعي ١٠٨/٢ كتاب الديات] عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو ابن حزم عن أبيه: أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم في العقول....
وقد صحح الحديث بالكتاب المذكور جماعة من الأئمة لا من حيث الاسناد، بل من حيث الشهرة. فقال الشافعي في رسالته: لم يقبلوا هذا الحديث حتى ثبت عندهم أنه كتاب رسول الله ﷺ. وقال ابن عبد البر: هذا كتاب مشهور عند أهل السير: معروف ما فيه عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الاسناد، لأنه أشبه التواتر في مجيئه لتلقي الناس له بالقبول والمعرفة.
= قال: ويدل على شهرته ما روى ابن وهب عن مالك عن الليث بن سعد عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال: وجد كتاب عند آل حزم يذكرون أنه كتاب رسول الله ﷺ.

=

رضي الله عنهما، لما بعثه إلى البحرين[1]، وعمر لابن مسعود رضي الله عنهما لما بعثه قاضياً إلى الكوفة.

وليذكر فيه مايحتاج القاضي إلى القيام به، وليعظه فيه، ثم إذا كان يبعثه إلى بلد آخر، فينظر إن كان بعيداً لا ينتشر الخبر إليه، فَلْيُشْهِد شاهدين على التولية على الوجه الذي تضمنه الكتاب، وليقرأه، أو يقرأه[2] الإمام عليهما، وإن قرأ غير الإمام، فالأحوط أن ينظر الشاهدان فيه، ثم يخرج[3] الشاهدان معه فيخبران بالحال هناك.

قال الأئمة: وليس ذلك على قواعد الشهادات إذ ليس هناك قاض يؤدي عنده الشهادات، وإن كان البلد قريباً ينتشر الخبر إليه، ويستفيض فإن[4] أشهد شاهدين يخرجان معه كما ذكرنا، فذاك، وإلا ففي الإكتفاء بالإستفاضة، وجهان:

أحدهما: المنع. وبه قال: أبو إسحاق، لأن التولية عقد، والعقود لاتثبت بالإستفاضة، كالإجارة والوكالة.

وقال العقيلي: هذا حديث ثابت محفوظ، إلا أنا نرى أنه كتاب غير مسموع عمن فوق الزهري.

وقال يعقوب بن سفيان: لا أعلم في جميع الكتب المنقولة كتاباً أصح من كتاب عمرو بن حزم هذا، فإن أصحاب رسول الله ﷺ والتابعين يرجعون إليه ويدعون رأيهم.

وقال الحاكم: قد شهر عمر بن عبد العزيز، إمام عصر الزهري لهذا الكتاب بالصحة، ثم ساق ذلك بسنده إليهما". أ.هـ.

(١) "البحرين" هكذا يتلفظ بها في حال الرفع والنصب والجر ... وهي إسم جامع لبلاد على ساحل بحر الهند، تقع بين البصرة وعُمان ... وقيل غير ذلك

وسميت بـ "البحرين" لأن في ناحية قراها بحيرة على باب الأحساء، انظر: معجم البلدان ٣٤٦/١ - ٣٤٩.

والحديث: "أن أبا بكر - رضي الله عنه - كتب له هذا الكتاب لما وجهه إلى البحرين: "بسم الله الرحمن الرحيم" هذه فريضة الصدقة التي فرضها رسول الله ﷺ .... الخ".

الحديث بطوله في البخاري ٤٠٤/٣ - فتح الباري - كتاب الزكاة - باب زكاة الغنم.

وانظر: التلخيص ١٥٠/٢ و ١٥١.

(٢) في: أ، ب، ظ "ويقرأ".

(٣) "الشاهدان فيه ثم يخرج" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: أ "فإذا".

وأظهرهما[١]: الإكتفاء بها، وبه قال: "الإصطخري" إذ لم يُؤْثر عن رسول الله ﷺ ، ولا عن الخلفاء بعده الإشهاد، بل كانوا يقنعون بالإشتهار، والإستفاضة.

ومن الأصحاب من يطلق الوجهين من غير فرق بين أن يكون البلد بعيداً، أو قريباً، ويشبه أن لا يكون في هذا خلاف، و[٢]لكن الانتشار، والاستفاضة، إنما تحصل في مدة، وتختلف المدة بحسب قرب المسافة، وبعدها، فمن قال: لابُدّ في البلدة البعيدة من الإشهاد، إنما قاله، لأن الاستفاضة لاتحصل بها غالباً في مدة مسير القاضي، ومن أطلق، فلأنه إذا تأخر مسيره لعارض حتى حصلت الإستفاضة، فلا فرق بين القرب، والبعد، وحكى في "الوسيط"[٣] وجهين - في أن مجرد الكتاب من غير استفاضة، ولا شهادة شاهدين، هل[٤] يعتمد عليه؟ -

أحدهما: نعم لبعد الجرآءة[٥] في مثل ذلك على الإمام.

والثاني: لا، بل لابد من عدلين يخبران عن التولية.

هذا هو المفهوم من كلام عامة الأصحاب، وهو قياس أصلنا في امتناع الاعتماد على الخط[٦].

وقوله: في الكتاب "من غير إشاعة، ولاكتاب" ظاهره يقتضي أن لايكفي قول عدلين، لكنا سنذكر أن الاعتماد في كتاب القاضي إلى القاضي على الشهود، دون الكتاب، فليكن كذلك هاهنا.

وقوله: "وإن كان معه كتاب من غير شاهدين" يتناول بإطلاقه ما إذا حصلت الاستفاضة.

---

(١) "وهو المذهب" انظر: الروضة ١٣١/١١، ومغني المحتاج ٣٨٦/٤.

(٢) "و" ليست في: ز.

(٣) ٢٩٨/٧.

(٤) في: أ، ب، ظ "فهل".

(٥) في: أ، ب "الجرأة".

(٦) "وهو المذهب" ذكره النووي رحمه الله في الروضة ١٣١/١١، وانظر مغني المحتاج ٣٨٦/٤.

وفيها الوجهان: المذكوران أولاً، وما إذا لم تحصل، وفيها الوجهان المنقولان عن "الوسيط". / (٤٥٣/ز)

(قال [الغزالي] الثاني: أنه إذا[(١)] قَدِمَ[(٢)] يفتش عن المحبوسين، فيطلق كل من حبس بظلم، أو في تعزير، ومن أقرَّ بالحق رده إلى الحبس، ومن قال: أنا مظلوم، أُطْلِقَ على أحد الوجهين، فإن حضر خصمه فليستأنف الخصومة، ولْيُقِمْ الحجة على أن القاضي المصروف حكم عليه بالحق، وإن قال: المحبوس لا أدري لِمَ حبست نودي عليه في طلب خصمه، فإن لم يحضر أطلق، وإن ذكر خصماً غائباً، وزعم أنه مظلوم فإطلاقه أولى، فإن قلنا: لايطلق فيراقب، ولا يخلى، ولا يحبس إلى أن يحضر خصمه، ويكتب إلى خصمه ليعجل فإن لم يعجل أُطْلِقَ).

[الأدب الثاني في قدوم القاضي، بلد الحكم، وتسليمه ديوان الحكم]

إذا أراد القاضي الخروج إلى بلد قضائه، ينبغي[(٣)] أن يسأل عن حال من فيه من العلماء، والعدول، فإن لم يتيسر، سأل في الطريق حتى يدخل على علم بحال البلد، فإن لم يجد من يسأله سأل حين دخل، ويستحب أن يدخل يوم الاثنين[(٤)]، فإن النبي ﷺ دخل المدينة يوم الاثنين"[(٥)].

وأن يكون عليه سوادٌ، فقد دخل النبي ﷺ مكة يوم الفتح وعليه عمامة سوداء"[(٦)].

وأن ينزل في وسط البلد، أو الناحية كيلا يطول الطريق على بعضهم.

---

(١) في: ب، ز، ظ "كما".

(٢) في: ب، ظ "يقدم".

(٣) في: ز "فينبغي".

(٤) قال النووي في الروضة ١٣٢/١١ "فإن تعسر يوم الاثنين فالخميس وإلا فالسبت".

(٥) الحديث أخرجه البخاري ٢٥٧/٤ و ٢٥٨، باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة، عن عائشة في حديث الهجرة الطويل، وانظر: التلخيص ١٨٨/٤.

(٦) قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٨/٤ "حديث أنه ﷺ دخل يوم الفتح، وعليه عمامة سوداء مسلم عن جابر".

وإذا دخل، فإن رأى، اشتغل بقراءة كتـاب العهـد في الحـال، وإن رأى نـزل في منزله، وأمر منادياً، ينادي يوماً أو أقل أو أكثر على حسب كبر البلـد وصغرهـا، ألا إن فلاناً قدم قاضياً، وأنه يخرج يوم كذا لقراءة العهد فمن أحـب فليحضـر، فـإذا اجتمعـوا قرأ عليهم العهد، وإن كان معه شهود، شهدوا، ثم ينصرف إلى منزله.

ويستحضر الناس، فيسألهم عن الشهود، والمزكيين سراً، وعلانية.

قال الأصحاب: ويتسـلَّم ديـوان الحكـم، وهـو ماكـان عنـد الحـاكم قبلـه، مـن المحاضر[١] والسـجلات[٢] وحجـج الأيتـام، والأوقـاف، وحجـج النـاس المودعــة[٣] في الديوان، لأنها كانت في يد الأول بحكم الولاية، وقد انتقلـت الولايـة إليـه، ثـم إذا أراد النظر في الأمور، نظر أولاً في أمر المحبوسين، لأن الحبس عذاب، فلينظر هل يسـتحقونه، أم لا[٤]؟، ويأمر قبل أن يجلس للنظر في أمرهم منادياً، ينادي يوماً، أو أكثر على حسب الحاجة، ألا إن القاضي ينظـر في أمـر المحبوسـين يـوم كـذا، فمـن لـه محبـوس فليحضـر، ويبعث إلى الحبس أميناً من أمنائه ليكتب اسم كل محبوس، وما حبس به، ومن حبس له في رقعة، وفي "المجرد" للقاضي أبي الطيب : أنه يبعث أمينين، وهو أحوط، فإذا جلـس اليوم الموعود، وحضر الناس صُبَّتْ تلك الرقـاع، بـين يديـه فيـأخذ واحـدة، وينظـر في الاسم، المثبت فيها، ويسأل عن خصمه، فمن قال: أنا خصمه بعث معه ثقة إلى الحبـس

النظـر في أحـوال المحبوسين

---

(١) "المحاضر " جمع "مَحْضَر" السِّجلُّ. لسان العرب ٢١٦/٣ مادة "حضر" وقـال في مغـني المحتـاج ٣٨٧/٤ "وهي التي فيها ذكر ماجرى من غير حكم".

(٢) "والسِّجلُّ" مفـرد "سِجِلات"، و "أسـجلت" لـلرجل "إسـجالاً" كتبـت لـه كتابـاً، و"سَـجَّلَ" القاضي بالتشديد، قضى وحكم وأثبت حكمه في "السِجلّ". انظر: لسان العرب ١٨٢/٦ مادة "سجل" والمصباح ٢٦٧/١.

(٣) في: ب "المودوعة".

(٤) قال في مغني المحتاج ٣٨٧/٤ "وهذا التقديم على سبيل الاستحباب كمـا صـرح بـه الرافعـي في أواخر الآداب. لكن نقل ابن الرفعة عن الإمام: أنه واجب وأقره والأولى أن يقال: ما دعت إليه مصلحة، وجب تقديمه، كما يؤخذ مما يأتي، وإنما قَدَّم على أهل الحبس ما مرَّ مـع أنـه عـذاب، لأنه أهمُّ. ويؤخذ منه كالنظر في المحاجير، والجائعين الذين تحت نظره، وما أشرف علـى الهـلاك من الحيوان في التركات وغيرها، وما أشرف من الأوقاف، وأملاك محاجيره على السقوط بحيث يتعين الفور في تداركه".

ليأخذ عن ثمة[١] بيده، ويخرجه، وهكذا يحضر من المحبوسين بقدر مايعرف أن المجلس، يحتمل النظر في أمورهم[٢]، وفي "أمالي أبي الفرج"[٣]: أنه يقرع بينهم للبداءة، وإذا اجتمع المحبوس، وخصمه عنده سأل المحبوس عن سبب حبسه. والجواب، يفرض على وجوهٍ.

منها: أن يعترف بالحبس بالحق، فإن كان ماحبس به مالاً، أمِرَ بأدائه فإن قال: أنا معسر فعلى ماذكرنا في التفليس[٤]، ثم إذا لم يؤد، ولم يثبت الإعسار، فيرد إلى الحبس، وإن أدى، أو أثبت الإعسار، نودي عليه، فلعل له خصماً آخر في مال أو غيره، فإن لم يحضر أحد خليَّ.

وإن كان ماحبس به حداً أقيم عليه، وخليَّ على ماذكرنا.

ومنها: أن يقول: شهدت عليَّ البينةُ، فحبسني القاضي ليبحث عن حال الشهود، المشهود

وللأصحاب[٥] في جواز الحبس بهذا السبب اختلاف يأتي من بعد، فإن قلنا: لايحبس به، لم يرده إلى الحبس، وإن قلنا: يحبس رده، وبحث عن حال الشهود.

ومنها: أن يقول حُبِسْتُ بخمر، أو كلب أتلفته على ذمِّيٍّ، والقاضي لايعتقد التغريم بذلك، فأصح القولين أنه يمضيه[٦].

والثاني: أنه يتوقف ويسعى في اصطلاحهما على شيء.

ومنها: أن يقول حُبِسْتُ ظلماً، فإن كان الخصم معه، فعلى الخصم الحجة، والقول قول المحبوس، مع يمينه، وإن ذكر خصماً حاضراً في البلد فوجهان:

---

(١) "عن ثمة" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: ب، ظ "أمرهم".

(٣) سبق التعريف به ص٢٨٩.

(٤) انظر: الوجيز ١٧٢/١، والعزيز شرح الوجيز ٢٦/٥، حيث قال: "واعلم أن المديون إذا ثبت إعساره لم يجز حبسه، ولا ملازمته، بل يمهل إلى أن يوسر على ماقال الله تعالى: ﴿فنظرة إلى ميسرة﴾ سورة البقرة ٢٨٠.

(٥) في: ب، ظ "فللأصحاب".

(٦) "وهو المذهب" انظر: الروضة ١٣٣/١١، ومغني المحتاج ٣٨٧/٤.

أحدهما: أنه يُطْلَقُ، لأن الأصل أن لا شيء عليه، والخصم يحتاج إلى الحجة فيستأنف الخصومة ويقيم الحجة متى شاء.

وأظهرهما: أنه يُحَضِرُ الخصم، أولاً فإن الظاهر أنه حُبِسَ بالحق، ثم إذا أُحْضِرَ فالحكم على ماذكرنا[١].

وإن ذكر خصماً غائباً فطريقان:

أحدهما: القطع بأنه يُطْلَقُ، لأن الحبس عذاب، وانتظار الغائب يطول.

وأظهرهما[٢]: أنه على وجهين فإن قلنا: يطلق فيحسن أن يؤخذ منه كفيل[٣].

وإن قلنا: لايُطْلَقُ، فيكتب إلى خصمه[٤] ليعجل في الحضور[٥]، فإن لم يحضر فحينئذٍ يُطْلَقُ".

وإن قال: لا خصم لي أصلاً، أو قال: لا أدري لِمَ حبست نودي عليه في طلب الخصم، فإن لم يفعل أحد حلف، وأطلق وإنما حُلِّفَ هاهنا، ولم يحلف في الأجوبة السابقة، لأن هناك ظهر الخصم، وفُصِلَ الأمر، فدعوى أنه ليس له خصم آخر لايخالف الظاهر.

وأما الحبس من غير خصم فإنه خلاف الظاهر.

---

(١) من قوله "وإن ذكر خصماً ... على ماذكرنا" ليست في: ب، ظ. وقوله "على ماذكرنا" أي فيمن كان معه الخصم.

(٢) انظر: الروضة ١٣٣/١١، ومغني المحتاج ٣٨٧/٤.

(٣) "أو رده إلى الحبس".

(٤) "وقال الزركشي: إلى قاضي بلد خصمه" انظر: مغني المحتاج ٣٨٧/٤.

(٥) "لفصل الخصومة بينهما".

ونازع البلقيني في ذلك: وقال: إن إحضاره من العجائب، إذ يصير المحبوس طالباً لمن له الحق، وليس في الشريعة مايشهد لهذا".

ثم رد عليه الخطيب الشربيني فقال: "وَرُدَّ بأنه ليس المراد إلزامه بالحضور، بل إعلامه بذلك ليلحق بحجته في إدامة حبس المحبوس إن كان له بذلك حجة، ويكفي المدَّعي إقامة بينة بإثبات الحق الذي حبس به، أو بأن القاضي المعزول حكم عليه بذلك" كل ذلك في مغني المحتاج ٣٨٧/٤.

قال في "الوسيط"[١] في مدة المناداة لا يُحبَس، ولا يُخلَّى بالكُلِّيةِ، ولكن يُرْتَقَب" وحيث أَطْلَقَ الذي ادعى أنه مظلوم، فهل يطالب بكفيل؟ فيه وجهان:

أظهرهما[٢]: لا.

وأما لفظ الكتاب: فقوله: "فيطلق كل من حبس بظلم" كان المراد منه، ما إذا اعترف الخصم بأنه ظلمه، أو كان القاضي عالماً به.

وقلنا: إنه يقضي بعلم نفسه، فأما إذا قال: المحبوس، أنا مظلومٌ، فهو مذكور من بعد.

وقوله: "أو تعزير" إطلاق من حبس تعزيراً. قد ذكره هاهنا. وفي "الوسيط"[٣]. وسكت معظم الكتب عنه، ولعل[٤] وجه ماذكره أن التعزير يتعلق بنظر الحاكم الذي بانت عنده الجناية، ولا يَدْري أن الحاكم المصروف، هل كان يديم حبسه، لو لم يُصْرَفْ؟ لكن لو بانت جنايته[٥] عند الثاني، ورأى إدامة حبسه، فالقياس الجواز.

وقوله: "ومن أقرَّ بالحق ردَّ إلى الحبس" أي إذا اقتضاه الحال، بأن لم يؤدِّ، ولم يُثْبِت إعساره[٦][٧]

وقوله: "فإن[٨] حضر خصمه، فليستأنف الخصومة" بعد قوله/ أطلق على أحد الوجهين" تفريع على وجه الإطلاق. (٤٥٤/ز)

والمعنى: أنه يُطْلَق، ثم إذا حضر خصمه مجلس الحكم، وادَّعى، فعليه إثبات الحق الذي يدعيه ببينة تقوم على نفس الحق، أو على أن القاضي المصروف، حكم عليه

---

(١) انظر ٧/٢٩٩.
(٢) "وهو المذهب" انظر: الروضة ١١/١٣٣، ومغني المحتاج ٤/٣٩٧.
(٣) انظر: ٧/٢٩٩.
(٤) من قوله "ويستحب أن يدخل .... ولعل" ليست في: أ. أي مايقرب من ٤ لوحاتٍ.
(٥) في: ب "خيانة".
(٦) في: ب "إعساراً".
(٧) "وقوله: ومن أقرّ ... إعساره" ليست في ز.
(٨) في: ز "وإن".

بذلك، وفي "أمالي أبـي الفـرج" أنـه يكفـي لاسـتدامة[1] الحبـس قيـام[2] البينـة علـى أن القاضي المصروف، حبسه بحق هذا المدَّعِي، وإن لم يتبين جِنْسُ الدَيْنِ، وقدْرُه.

وقوله: "فيما إذا ذكر خصماً غائباً، أن[3] إطلاقه أولى". أشار بهذا الـترتيب إلى الطريقين السابقين في الغائب.

وقوله: "فإن قلنا: لايطلق فيراقب، ولا يخلى، ولا يحبس، إلى أن يحضر خصمــه" هذا لم يذكره في "الوسيط" هاهنا، وإنما ذكره فيما إذا قال: لا أدري لِمَ حُبِسْت علـى مابيناه[4].

[النظر في الأوصياء وأموال الأطفال]

قال: (وإذا فَرَغَ من المحبوسين، نظـر في الأوصيـاء، ومـال الأطفـال، إذ لا رافـع لوقائعهم إليه).

[قال الرافعي] إذا فرغ القاضي من المحبوسـين، نظـر في حـال الأوصيـاء[5]؛ لأن الوصي يتصرف في حـق مـن لايمكنـه المرافعـة والمطالبـة، كالأطفـال، وأصحـاب الجهـة العامة، فإذا حضر من يزعم أنه وصِّي، تفحص القاضي عن شيئين:

أحدهما: أصل الوصاية، فإن أقام بينةً على أن القاضي المصروف نَفَّـذَ وصايتـه، وأطلق تصرُّفَه قرره، و لم يعزله. نعم إذا طـرأ فسـقٌ، وانعـزل، فينـتزع المـال منـه[6] وإن

---

(١) في: أ "استدامة".

(٢) في: ز "إقامة".

(٣) "أن" ليست في: ب، ظ.

(٤) أي "ينـادي عليـه في طلـب الخصـم، فـإن لم يحضـر أحـد، حُلِّـفَ، وأُطْلِـقَ". انظـر ص٣١٢ ، والروضة ١٣٣/١١، ومغني المحتاج ٣٨٧/٤.

(٥) في: ز "ومال الأطفال". "والأوصياء" جمع وَصِيٍّ" فعيل بمعنى مفعول "وأوصيت إليه بمال جعلتـه له. و "أوصيته" بولده استعطفته عليه" المصباح ٦٦٢/٢.

(٦) جاء في: ز "إن ضعف نظره فيضم إليه من يعينه، وإن أقام بينته على نفـس الوصايـة نفذهـا إن وجده عدلاً كافياً وردها إن وجده فاسقاً. وانتزع المال منه".
هذا الكلام لم يرد في: أ، ب، ظ.

شُكَّ في عدالته فوجهان[١]:

قال: "الإصطخري" يقرر المال في يده، لأن الظاهر الأمانة.

وقال[٢] أبوإسحاق: ينتزعه منه[٣] حتى تتحقق عدالتـه، وإن وجـده ضعيفـاً، أو كان المال كثيراً لايمكنه القيام بحفظه، والتصرف فيه ضم[٤] إليه من يعينه[٥].

والثاني: تصرفه في المال، فإن قال: فرقت ما أوصى به، نظر: إن كانت الوصيـة لُمعَيَّنين لم يتعرض له، لأنهم يطالبون لو لم يصل إليهم.

وإن كانت[٦] لجهة عامة، فإن كان عدلاً، أمضى تصرفه، و لم يضمنه، وإن كان فاسقاً، ضمنه لتعديه بالتفريق لا عن ولاية[٧].

ولو أن غير الوصي فرق الثلث الموصى به، خوفاً عليه مـن أن يضيـع. نُظِـرَ: إن كانت الوصاية[٨] لمعينين وقع المُوْقعُ، لأن لهم أن يأخذوه مـن غـير، واسـطة، وإلا ففـي الضمان، وجهان: أظهرهما: الوجوب[٩].

ثم بعد النظر في الأوصياء، ينظر في أمناء الحكام المنصوبـين علـى الأطفـال، وفي تفرقـة الوصايـا، فمـن تغير حالـه بفســق، أو ضَعُـفَ نظـره[١٠]. فعلـى ماذكرنـا في الأوصياء[١١]. ومن لم يتغير حاله، أقرهُ.

---

(١) "لم يفصح الشيخ بترجيح، وقال في القوت: الأقرب إلى كلام الشـيخين، بـل هـو ظـاهر كـلام الجمهور عند الانتزاع ..." ذكره بهامش العزيز ١٢/٤٥٤.

(٢) في: ب "فقال".

(٣) "منه" ليست في: ب، ز، ظ.

(٤) في: ب "ضم القاضي".

(٥) انظر: المهذب ٢/٣٨١، والروضة ١١/١٣٤، ومغني المحتاج ٤/٣٨٨.

(٦) في: أ "كان".

(٧) أي "بغير ولاية صحيحة". انظر: الروضة ١١/١٣٤.

(٨) في: أ "الوصية".

(٩) انظر: المهذب ٢/٣٨١، الروضة ١١/١٣٤، ومغني المحتاج ٤/٣٨٨.

(١٠) "نظره" ليست في: أ، ب، ظ.

(١١) انظر: الوجيز ١/٢٨٢ أي يعزلـه القـاضي بفسـقه. انظـر: الروضـة ٦/٣١٢، مغـني المحتـاج ٤/٣٨٨.

قال القاضي "الروياني": ولـه أن يعزله ويولي[1] غيره بخلاف الأوصياء، لأن الأمين مُوَلىً من جهة القاضي، بخلاف الوصي. ثم ينظر في الأوقاف العامة والمتولين لها، وفي اللقطة[2]، والضوَّال[3]، فما لايجوز تملكه[4]، أو يجوز ولم يختر بلَقطته التملك بعد الحول، حفظه[5] على صاحبه، أو باعه، وحفظ ثمنه لمصلحة الحال[6][7]، ولـه أن يحفظ هذه الأموال معزولة عن أمثالها في بيت المال، وله أن يخلطها بمثلها، فإذا ظهر المالك، غُرِمَ له من بيت المال.

ويُقدَّمُ من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم، وإن عُرِضت حادثة، وهو مشغول بهذه المهمات، استخلف من ينظر في تلك الحادثة أو فيما هو فيه. والله أعلم.

[الأدب الثالث في صفة كتاب القاضي والمزكين والمترجمين]

(قال[الغزالي]: الثالث: أن يتروى بعد ذلك في ترتيب الكاتب والمزكي، والمترجم، وليكن الكاتب عدلاً، عاقلاً عفيفاً عن المطامع، ويشترط العدد في المزكي، والمترجم دون الكاتب.

وفي عدد المُسْمِعِ إذا كان بالقاضي صممٌ، ثلاثة أوجه: يُفَرِّقُ في الثالث: بين أن يكون الخصم، أصمَّ، فيعجز عن الإنكار إذا[8] غير المُسمَعُ، فإن شُرِطَ العدد، ففي اشتراط لفظ الشهادة وجهان.

---

(١) في: ب، ظ "ينصب".

(٢) "اللقطة" بالضم، ما التقطت من مال ضائع، انظر المصباح ص ٥٥٧.

(٣) جمع ضالة، وهو الشئ إذا ضاع منك، فلم تعرف موضعه كالدابة والناقة وما أشبههما. انظر: المصباح ص ٣٦٤.

(٤) في: أ "مما لايملكه".

(٥) في: أ، ب، ظ "حفظ".

(٦) في: ز: "على ما يقتضيه الحال" ولعل الصواب "لمصلحة المالك" كما ورد في الروضة ١١/١٣٥، ومغني المحتاج ٤/٣٨٨.

(٧) يشير إلى قوله ﷺ للأعرابي الذي أتى إلى النبي ﷺ ، فسأله عما يلتقطه فقال: "عرفها سنة، ثم احفظ عفاصها، ووكاءها فإن جاء أحد يخبرك بها، وإلا فاستنفقها ... الحديث" أخرجه البخاري ٣/٩٣، المجلد ٢، من كتاب اللقطة باب ضالة الإبل.

(٨) في: ز "لو".

فإن لم يشترط ففي اعتبار الحرية وجهان.

وإن طلب المسْمِعُ أجرةً، فهل يجب في مال صاحب الحق؟ وجهان).

[قال الرافعي] يُرتِّبُ القاضي بعد ماذكرنا، أمر الكُتَّاب، والمزكين والمترجمين. أما الكُتَّاب، فللحاجة إلى كتبه المحاضر والسِّجلات، والكتب الحكمية، والحاكم لايتفرغ لها غالباً.

ومن المشهور: أنه كان لرسول الله ﷺ كتَّابٌ منهم زيد بن ثابت رضيا لله عنه[١]، ويشترط أن يكون الكاتب عارفاً، بما يكتبه من المحاضر، وغيرها لئلاً يفسده.

وأن يكون مسلماً عدلاً لتؤمن خيانته، وفي "المهذب"[٢] حكاية وجه آخر: أنه لا يشترط الإسلام، والعدالة، ولكن يستحبان، لأن القاضي لايمضي ماكتبه حتى يقف عليه[٣].

ويستحب أن يكون وافر العقل، عفيفاً عن المطامع الفاسدة، كيلا يُخدَعَ من غيره[٤]، أو بمال. وأن[٥] يكون فقيهاً، لايؤتى من جهل. وأن يكون جيد الخط، ضابطاً للحروف، لئلا يقع الغلط والاشتباه، والأولى أن يُجْلِسَ الحاكم الكاتب بين يديه، ليملي عليه، ويشاهد مايكتب[٦].

وأما المزكون فالحاجة إليهم ظاهرة، وفي التزكية: فصل مفرد من بعد.

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٩/٤ "ذكره البخاري تعليقاً، ووصله أبوداود عن زيد بن ثابت قال قال: لما قدم النبي ﷺ المدينة، فذكر قصة فيها: فكنت أكتب له إلى اليهود، وأقرأ كتبهم إليه.
وفي الصحيح من حديث أبي بكر: أنه قال لزيد بن ثابت: إنك شاب عاقل لانتهمك، وقد كنت تكتب الوحي لرسول الله ﷺ الحديث.
وقال القضاعي: كان زيد بن ثابت يكتب عنه للملوك، مع ماكان يكتب من الوحي، وكان الزبير وجهم يكتبان أموال الصدقات.

(٢) انظر: المهذب ٣٧٧/٢.

(٣) انظر: الروضة ١٣٥/١١، ومغني المحتاج ٣٨٨/٤.

(٤) في: أ، ب "غره".

(٥) في: أ "أو".

(٦) في: ز "مايكتبه".

وأما المترجمون: فلأن القاضي قد لايعرف لسان بعض الخصوم، والشهود، فلابّد ممن يطلعه عليه، ويشترط في المترجم، العدالةُ والتكليف، والحرية، لأنه ينقل قولاً إلى القاضي لايعرفه القاضي فأشبه الشاهد[1] ولمثل هذا نقول باشتراط العدد فيه، وفي المزكي، بخلاف الكاتب، فإنه لايثبت شيئاً.

وعند أبي حنيفة[2] يكفي مترجم واحد، ومزكي واحد.

ثم قال الأصحاب: إن كان الحق مما يثبت برجل، ومرأتين، فتقبل الترجمة من رجلين، ومن رجل وامرأتين[3]. وقال صاحب "التهذيب"[4]: وجب أن لا تقبل إلا من رجلين، كما لاتثبت الشهادة على الشهادة بقول النساء. وإن كان الحق مما يثبت برجل وامرأتين، وهذا ما أورده الإمام: / وأما العتق والنكاح، ومالا يثبت برجل وامرأتين فلا (٤٥٥/ز) تقبل الترجمة فيه إلا من رجلين، وفي الزنا يكفي رجلان أم لابدّ من أربعة؟ فيه قولان، كما في الشهادة على الإقرار بالزنا[5]، وقيل: يكفي رجلان بلا خلاف. ولو كان الشاهدان معاً أعجميين فيكفي لهما مترجمان أم لابّد لكل واحد من مترجمين؟[6]. فيه قولان، كالقولين في شهود الفرع[7]، وبالأول أجاب أبوالحسن العبادي في "الرقم".

وهل يجوز أن يكون المترجم أعمى؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا[8]. كما لايجوز أن يكون شاهداً.

---

(١) في: أ، ب، ظ "الشهادة".

(٢) انظر: الهداية ١١٩/٣.

(٣) وهو المذهب. انظر: الروضة ١٣٦/١١، ومغني المحتاج ٣٨٩/٤.

(٤) انظر: ١٠ لوحة، فصل فيما على القاضي في الخصوم، مسألة: "وإن كان الحق مما يثبت بشاهد وامرأتين".

(٥) برجلين على الأظهر. انظر: الروضة ٢٥٢/١١.

(٦) من قوله "فيكفي ... مترجمين" ليست في: ب.

(٧) انظر: الروضة ٢٩٣/١١.

(٨) في: ب، ظ "لايجوز".

والأصح الاشتراط[١]، وفي الحرية على بُعْدِهِ، وفي المترجم. ويشبه أن يكون الاكتفاء بإسماع رجل وامرأتين في المال على ماذكرنا في المترجم، وأجاب في "الوسيط"[٢] بالمنع كما ذكره صاحب "التهذيب" هناك، ورأى الإمام: أن تطرد في المترجم الوجوه المذكورة في اشتراط العدد في المسمع.

والوجه الثالث فيه: أن يقال: إن كان الخصمان عارفين بالعربية لكن لايحسنان التعبير، لم يشترط العدد وإن كانا لايعرفانها فيشترط، وميله إلى ترجيح الوجه الثالث. فيهما جميعاً. والله أعلم.

بقيت مسألة في الفصل: وهي:

أن المُسْمِعَ لو طلب شيئاً ممن يُعْطَى.

مسألة في أجرة القاضي مقدار أجرة القاضي والمسمع ونحوها

ونقدم عليها: أن القاضي إن لم يجد كفاية فيجوز له[٣] أن يأخذ رزقاً من بيت المال ليتفرغ للقضاء. روى أنه ﷺ قال: "أيما عَامِلٍ اسْتَعمَلْنَاهُ، وفرضْنَا لَهَ رِزْقَهُ فما أصابَ بَعْدَ رِزَقِهِ فهو غُلولٌ"[٤]

وروي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كان يأخذ كل يوم من بيت المال درهمين[٥] وأن عمر رضي الله عنه كان يرزق شريحاً - رحمه الله - كل شهر مائة درهم"[٦]. وإن وجد كفاية فينظر: إن تعين عليه القضاء لم يجز له أخذ شيء، لأنه

---

(١) انظر: الروضة ١١/١٣٦، ومغني المحتاج ٤/٣٨٩.

(٢) الوسيط ٧/٤٠٠.

(٣) "له" ليست في: ز.

(٤) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/١٨٨ "أبوداود والحاكم من حديث بريدة". أخرجه أبوداود ٣/٣٠١ كتاب الأقضية ، باب في هدايا العمال.

(٥) الأثر: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/١٩٤ "لم أره هكذا، وروى ابن سعد بسند صحيح إلى ميمون الجزري والد عمرو، قال: لما استخلف أبوبكر جعلوا له ألفين، قال: زيدوني فإن لي عيالاً ، وقد شغلتموني عن التجارة فزادوه خمسمائة".

(٦) أثر عمر: قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/١٩٤ "لم أره هكذا، وروى عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن بن عمارة عن الحكم، أن عمر رزق شريحاً وسلمان بن ربيعة الباهلي على القضاء، وهذا ضعيف منقطع، وفي البخاري تعليقاً: كان شريحاً يأخذ على القضاء أجراً ...". =

يؤدي فرضاً، تعين عليه وإن لم يتعين فيجوز، والمستحب تركه. ولايجوز عقد الإجارة على القضاء لما سبق في الإجارة[١].

وفي فتاوى القاضي الحسين إلحاقه بالأذان حتى تجوز الإجارة عليه على رأي، لأن كل واحد منهما يعود نفعه إلى عامة المسلمين[٢].

وينبغي للإمام أن يجعل من بيت المال، مع رزق القاضي شيئاً لثمن القراطيس التي تُكتبُ فيه المحاضر والسجلات، ولأجرة الكاتب، فإن لم يكن في بيت المال، أو[٣] احتيج إليه لما هو أهم، فإن أتى المدعي بصحيفة يثبت فيها خصومته، وشهادة شهوده، وأتى بأجرة الكاتب فذاك، وإلا، فلا يجبر عليه، ولكن يعلمه القاضي أنه إذا لم يُثبت ماجرى فقد تُنسى شهادة الشهود، وحكم نفسه، وحينئذٍ فلا تقبل شهادة الشهود على ماجرى بل لابد من الذكر كما سيأتي[٤].

ولو أثبت ماجرى وحفظه في ديوانه تذكره بعلاماته.

وليكن رزق القاضي بقدر كفايته، وكفاية عياله، على مايليق بحالهم من النفقة والكسوة، وغيرهما، وكذا الإمام يأخذ لنفسه مايليق به من الخيل والغلمان والدار الواسعة، ولايجب الاكتفاء بما اكتفى به رسول الله ﷺ والخلفاء الراشدون رضي الله عنهم بعده، لأن الناس قد تَغيَّروا، وبعُدَ العهد بزمان النبوة التي كانت بسبب النصرة، وإلقاء الرُّعْب والهيبة[٥] في القلوب، ولو اقتصر الإمام على مثل ذلك اليوم، لم يُطع وتعطلت الأمور.

ولو رَزَقَ الإمامُ القاضي من مال نفسه، أو رزقه أهل ولايته، أو واحد منهم،

---

(١) انظر: الوجيز ٢٣٢/١، والعزيز شرح الوجيز ١٠٣/٥.

(٢) انظر: الروضة ١٣٧/١١.

(٣) "أو" ليست في: ب.

(٤) انظر: العزيز شرح الوجيز ١١٠/١٣، وما بعدها.

(٥) "والهيبة" ليست في: ب.

فالذي خرجه صاحب "التلخيص": أنه لايجوز له قبوله[١].

لكن ذكرنا في باب "الآذان"[٢] أنه كما يجوز أن يكون رزق المؤذن من بيت المال، يجوز أن يكون من مال الإمام، أو واحد من الرعية.

وذكر الصيمري[٣] في "المفتي": أنه يجوز أن يرزقه أهل بلده، ويمكن أن يفرق بأن ذلك لأيورِث[٤] تهمة وميلاً، في حق المؤذن، لأن عمله لايختلف والقاضي أجدر بالاحتياط من المفتي، وكما يَرْزقُ الإمام القاضي من بيت المال، فكذلك يرزق من مرجع مصلحة عمله إلى عامة المسلمين، كالأمير، والمفتي والمحتسب وإمام الصلاة والمؤذن، ومن يُعلِّم الناس القرآن، ومن يقيم الحدود كالقُسَّام، وكاتب الصكوك، فإن لم يكن في بيت المال، مال، فلا يُعِّين قسَّاماً، وكاتباً كيلا يغالي في الأجرة، وأُلْحِقَ بهؤلاء المقوِّم، وفي المترجم وجهان.

أقربهما: أنه يرزق من بيت المال أيضاً كهؤلاء.

وثانيهما: المنع كالوكيل، وهذا ما خرجه صاحب "التلخيص"

ويحكى عن أبي زيد[٥] أيضا، وعلى هذا، فمؤنة من يترجم للمدعى عليه على المدعى عليه[٦]، والمُسْمِعُ كا لمترجم، ففي مؤنته هذان الوجهان.

وهذه[٧] مسألة الكتاب والوجهان، جاريان في المزكي، والقول في الشاهد أخرناه إلى "كتاب الشهادات".

---

(١) انظر: "أدب القاضي" ١١٠/١، وانظر: الروضة ١٣٧/١١، والمجموع ١٣٠/٢٠، نهاية المحتاج ٢٤٢/٨.

(٢) انظر: الوجيز ٣٦/١.

(٣) سبقت ترجمته ص٢٦٣.

(٤) في: ز "يوجب".

(٥) سبقت ترجمته ص ١١٣

(٦) في: ز "مايترجم للمدعى على المدعي، ومؤنة مايترجم للمدعى عليه على المدعى عليه".

(٧) في: ب "فهذه".

[فصل : وفيه فرعان]

[قال الرافعي]: فرع: قال القاضي ابن كـج ذكر جماعة مـن فقهاء أصحاب الشافعي، وأبي حنيفة: أنه إذا لم يكن للقاضي شيء من بيت المال فلـه أن يـأخذ عُشْـرَ مايتولاه من أموال اليتامى، والوقوف للضرورة ثم بالغ في الإنكار عليه.

فقال[١]: أي[٢] ضرورة في هذا، إن لم يتفرغ للقضاء من غير رزق فليمتنع منـه، ومن ذهب إليه، فكأنه ذكر العشر تمثيلاً وتقريباً، ولابد من النظر إلى كفايته، والى قـدر المال والعمل.

آخر: في "شرح أدب القضاء" لأبي سـعد الهروي: أن القـاضي إذا لم يكـن لـه رزق من بيت المال، وكان محتاجاً، ولم يتعين عليه القضاء فله أن يأخذ من الخصم أجرة مثل عمله، وإن تعين قال: أصحابنا لا يأخذ عنه بدلاً، وقال: أبو[٣]القاسم يعني صاحب "التقريب": إن شاء الله يأخذ كصاحب الطعام في المخمصة والفرع غريبٌ و[٤]مشكل.

[الأدب الرابع: وفيه ثلاث مسائل]

(قال [الغزالي] الرابع: أن يتخذ[٥] للقضاء مجلساً رفيعاً لا يتـأذى فيـه بـبرد ولا[٦]حر فيمل، ويكره أن يتخذ المسجد مجلساً للقضاء، فـترفع فيـه الأصـوات، ولا يكـره فصـل قضايـا متفرقـة في المسـجد، وهـل لـه أن يتخـذ بوابـاً و[٧]حاجبـاً؟ فيـه وجهان).

---

(١) في: ب "وقال".
(٢) في: ب "إنه لا".
(٣) "أبو" ليست في: ب، ز.
(٤) "و" ليست في: ب.
(٥) في: ز "القاضي".
(٦) "لا" ليست في: أ، ب، ظ.
(٧) في: أ، ب، ظ "أو".

[قال الرافعي] فيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: في صفة مجلس القاضي

إحداها: المستحب أن يكون مجلس القضاء فسيحاً لا يتأذى الحاضرون بضيقه، وأن يكون بارزاً، لايكون دونه حجاب، ليهتدي إليه المتوطّن والغريب، ويصل إليه كل واحد، فلا يجلس للقضاء في بيت كبير[١]، وإن أقام على بابه من يأذن له، لأنه لا يظهر جلوسه فيه، ولا يهتدي إليه الغرباء. نزهاً، لا يُؤذي فيه الحرُّ، والبرد، والروائح والغبار والدخان[٢]، فيجلس للصيف حيث يليق به، وللشتاء[٣] حيث يليق به، واستحب أبوعبيد بن حربوية[٤] وغيره، أن يكون موضع جلوسه مشرفاً، كدكة ونحوها، ليسهل عليه النظر إلى الناس،وعليهم المطالبة[٥]، وحسن أن يوطأ له الفرشُ، وتوضع الوسائد ليعرفه كل داخل، وليكون أهيَبَ عند الخصوم، وأرفق به فلا يمل.

والأولى أن يكون مستقبل القبلة ولا يتكيء.

المسألة الثانية: اتخاذ المسجد مجلساً للقضاء.

الثانية: المستحب أن لايتخذ المسجد مجلساً للقضاء، وهل يكره اتخاذه مجلساً؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وبه قال مالك[٦]، وأحمد[٧] وكذلك أبوحنيفة[٨] في إحدى الروايتين، كما لايكره الجلوس فيه للفتوى وتعلم القرآن والعلم وأصحهما[٩]: نعم: لما

---

(١) في: ز "في كن كبير".

(٢) في: ز "والرياح".

(٣) في: أ، ب "وللرياح والشتاء".

(٤) هو: علي بن الحسين بن حربويه البغدادي، القاضي أبوعبيد، تفقه على أبي ثور، وُلِّيَ القضاء فترة طويلة، وكان عند الخلفاء معظماً، له اختيارات غريبة في المذهب، ولد عام ٢٣٢هـ. وتوفي عام ١٧، وقيل ٣١٩هـ رحمه الله.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٥٨، شذرات الذهب ٢/٢٨١، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٥٣.

(٥) في: ز "النظر إليه".

(٦) انظر: مختصر خليل ص ٢٥٩.

(٧) انظر: المقنع ص ٣٢٧.

(٨) انظر: الهداية ٣/١٠٣.

(٩) وهو المذهب. انظر: الروضة ١١/١٣٨، ومغني المحتاج ٤/٣٩٠.

روي أنـه ﷺ قـال: جنبـوا مسـاجدكم صبيـانكم، ومجـانينكم، وسـلّ سـيوفكم وخصوماتكم ورفع أصواتكم"[١].

ومعلوم أن مجلس القضاء، ترفع فيه الأصوات وقد يحتاج فيه إلى إحضار الصبيان والمجانين، وأيضاً فقد يحضره الحُيَّضُ، والكفـار، والكراهـة[٢] في إقامـة الحـد في المسـجد أشد، لخوف التلويث مع رفع الصوت ثم كراهـة[٣] اتخاذ المسـجد مجلسـاً علـى التنزيـه دون التحريم فلا يأثم به.

قـال أبوالحسـن العبـادي: ولا يـدع الخصـوم يجتمعـون فيـه ويتشـاتمون، ولكـن يقعدون خارج المسجد، وينصب من يدخل عليه خصمين خصمين، ولو اتفقت قضيـة، أو قضايا وقت حضوره المسجد للصلاة، أو غيرها فلا بأس بفصلها.

المسألة الثالثـة: اتخاذ القـاضي حاجباً وبواباً

الثالثة: عن الصيدلاني: رواية وجهين في أنه هل يكره أن يتخذ القاضي حاجبـاً وبواباً؟[٤] ويمكن أن يوجه أحدهما: بما روى أنه قال صلى الله عليه وسلم "من ولي مـن أمور الناس شيئاً فاحتجب حجبة الله يوم القيامة"[٥].

الثاني: أنه[٦] لو دخل عليه من شاء متى شاء لبطلت هيبتـه وسـقط وقعـه لكـن

---

(١) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٨/٤ ... وقال ابن الجوزي: إنه حديـث لا يصح، ورواه البزار من حديث ابن مسعود وقال: ليس له أصل من حديثه، وله طريق أخـرى عن أبي هريرة واهية".
وانظر: ابن ماجه ٢٤٧/١، كتاب المساجد، باب مايكره في المساجد.
حيث قال في الزوائد: "إسناده ضعيف، فإن الحارث بن نبهان متفق على ضعفه".

(٢) في: ب، ظ "الكراهية".

(٣) في: ب، ظ "كراهية".

(٤) في: أ "بوابان".

(٥) الحديث قال عنه الحافظ في التلخيص ١٨٨/٤ "أبوداود والحاكم من حديث القاسم بن مخيمـرة عن أبي مريم وفيه قصة له مع معاوية وأورد الحاكم له شاهداً عن عمرو بن مرة الجهـني، وعنـه رواه أحمد والترمذي، ورواه الطبراني في الكبير من حديث ابن عباس بلفظ: أيمـا أمـير احتجـب عن الناس فأهمهم احتجب الله عنه يوم القيامة"
قال ابن أبي حاتم عن أبيه في العلل: "هذا حديث منكر"

(٦) في: ز "بأنه".

المفهوم من كلام أكثرهم أن الوجهين ليسا بمطلقين بل إذا جلس[1] للقضاء، وازدحم الناس عليه، فله نصب بواب وحاجب يدفعان الزحمة عنه ويدخلان الناس، على الترتيب، لامحالة، وإنما الوجهان: فيما إذا جلس للقضاء[2]، ولا زحمة، أو[3] في أوقات خلوته.

والأظهر: الكراهة في الحالة الأولى[4] دون الثانية.

وقوله في الكتاب "مجلساً رفيقاً" مأخوذ من الرفق.

واتبع فيه لفظ الشافعي رضي الله عنه حيث قال: "في أرفق الأماكن"[5]، وقوله "ويكره أن يتخذ المسجد" مُعَلَّم بالميم والألف والحاء والواو. والله أعلم.

[الأدب الخامس: القضاء في حال الغضب والجوع ونحوهما]

(قال [الغزالي]: الخامس: لايقضي في حال غضب وجوع، وحالة يَسرع إليه الغضب فيها، أو يدهش عن تمام الفكر، ومايحكم به فيكتب به محضراً ديوانياً يحفظه في خريطة مختومة حتى لا ينسى، ويُعطي صاحب الحق منه نسخة أخرى، وهل يجب ذلك أن يطالبه صاحب الحق؟ فيه وجهان).

المسألة الأولى: قضاء القاضي حال الغضب

[قال الرافعي]: مسألتان: إحداهما: لايقضي القاضي، في حال الغضب، لما روي أنه ﷺ "قال: لايقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان"[6] وكذلك لايقضي في كل حال[7] يسوء خلقه فيها، ويتغير عقله، كجوع وشبع مُفرطين[8] ومرض مؤلم،

---

(١) "إذا" ليست في: أ.
(٢) من " وازدحم الناس .... للقضاء" ليست في: أ، ب.
(٣) "أو" ليست في: أ، ب.
(٤) انظر: الروضة ١٣٩/١١، ومغني المحتاج ٣٩١/٤.
(٥) انظر: الأم ١٩٨/٦، والمختصر ص ٢٩٩.
(٦) الحديث متفق عليه. أخرجه البخاري ١٠٨/٨، من كتاب الأحكام، باب هل يقضى الحاكم أو يفتي وهو غضبان، ورواه بلفظ "لايقضين حكم ...".
ومسلم بشرح النووي ١٥/١٢، من كتاب الأقضية، رواه بلفظ "لايحكم أحد...".
وانظر: التلخيص ١٨٩/٤.
(٧) في: ز "حاله".
(٨) في: أ، ب "مفرط".

وخوفٍ مزعج، وحزنٍ وفرحٍ شديدين، وكغلبة نعاس، وملالٍ، وكذا لو حضره[١] طعام، ونفسه تتوق إليه، أو آذاه أخبثاه، والمقصود أنه يتمكن من استيفاء الفكر والنظر، وقد روى أنه ﷺ قال: "لايقضي القاضي إلا وهو شبعان ريَّان"[٢]

ثم هاهنا كلمتان: إحداهما: قولنا: "لا يقضي القاضي في حال الغضب"[٣] نظمٌ : قد نعني به أن فعله مكروه، وقد نعني به مجرد أولوية الترك، وهذا من القبيل الأول، فقد صرح بالكراهة[٤] "ابن الصباغ" و"القاضي الروياني" وغيرهما.

والثانية: ذكر / جماعة من الأئمة منهم الإمام، وصاحب "التهذيب": أن المنع (٤٥٧/ز) من القضاء في حالة الغضب مخصوص بما إذا لم يكن الغضب لله تعالى، فأما إذا غضب لله تعالى في حكومة، وهو ممن يملك نفسه فيما يتعلق بحظه، فلا بأس بإمضائه لحديث الزبير رضي الله عنه، والأنصاري حين تخاصما في شِراج الحرة[٥]

---

(١) في: ز "حضر".

(٢) الحديث قال عنه الحافظ في التلخيص ١٨٩/٤ "... وفيه القاسم العمري وهو متهم بالوضع ...".
وانظر سنن البيهقي ١٨١/١٠، كتاب آداب القاضي، باب لايقضي القاضي إلا وهو شبعان ريّان.

(٣) قال في مغني المحتاج ٣٩١/٤ "وظاهر هذا: أنه فرق بين المجتهد وغيره، وهو كذلك، وإن قال في المطلب: لو فرق بين مالاجتهاد فيه مجال وغيره لم يبعد.
ولا فرق بين أن يكون الغضب لله أو لغيره، وهو كذلك كما قال الأذرعي: أنه هو الموافق لإطلاق الأحاديث، وكلام الشافعي والجمهور، وإن استثنى الإمام البغوي الغضب لله تعالى، لأن المقصود تشويش الفكر، وهو لايختلف بذلك، ثم تنتفي الكراهة إذا دعت الحاجة إلى الحكم في الحال، وقد يتعين الحكم على الفور في صور كثيرة...".

(٤) في: ب "الكراهية".

(٥) الحديث: قال رسول الله ﷺ للزبير حين خاصمه الأنصاري في شراج الحرة التي يسقون منها: "أَسق يازبير ثم أَرسل الماء لجارك، فغضب الأنصاري، وقال: إن كان ابن عمتك فتلون وجه رسول الله ﷺ ، ثم قال: يازبير، أسق واحبس الماء حتى يرجع إلى الجُدرِ ثم أرسله" والحديث متفق عليه.
أخرجه البخاري ٧٦/٣، من كتاب المساقاة، باب شرب الأعلى قبل الأسفل.
ومسلم بشرح النووي ١٠٧/١٥ و ١٠٨، من كتاب الفضائل، باب وهرب اتباعه صلى الله عليه وسلم. وانظر التلخيص ١٨٩/٤.
قال النووي في شرح مسلم ١٠٧/١٥ "وشراج الحرة" بكسر الشين المعجمة وبالجيم، هي
=

وقد أوردناه في إحياء الموات[١].

لكن احتج آخرون بهذا الحديث على أنه لو قضي في حال من[٢] الغضب نفذ، وإن كان مكروهاً، وهذا مصيرٌ منهم إلى قيام الكراهة[٣] في ذلك النوع من الغضب.

المسألة الثانية: إذا ادعى حقاً على إنسان عند القاضي، فأقر به المدعى عليه[٤] أو نكل وحلف المدعي اليمين المردودة، ثم سأل المدعي القاضي أن يُشهد على أنه أقر عنده أو على أنه نكل وحلف المدعي فعلى القاضي إجابته إليه، لأنه قد ينكر من بعد، فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه، إن قلنا: إنه لايقضي بعلمه، وإن قلنا: إنه يقضي بعلمه فربما ينسى أو يعزل فلا يقبل قوله.

ولو أنه أقام البينة على ما ادعاه وسأل القاضي الإشهاد عليه، فهل يلزم؟ فيه وجهان. أقربهما نعم، كما في الصورة السابقة.

والثاني: لا، لأن له بينةً، فلا حاجة إلى بينة أخرى.

ولو أنكر المدعى عليه، وحلف وسأل القاضي الإشهاد ليكون حجةً له فلا يطالبه مرةً أخرى، فكذلك يجيبه إليه، وإن سأله أحد المتداعيين أن يكتب له محضراً بما جرى ليحتج به إذا احتاج، فينظر إن لم يكن عنده قرطاس من بيت المال، ولم يأت به الطالب، لم تجب إجابته، فإن[٥] كان فتجب الإجابة أو تستحب؟ فيه وجهان:

أحدهما: تجب، توثيقاً لحقه، كما يجب الإشهاد.

وأظهرهما: الاقتصار على الاستحباب[٦]، لأن الحق يثبت بالشهود، لا

= مسائل المال واحدها "شرجة" والحرة: هي الأرض الملسة فيها حجارة سود.
وقال أيضاً: "وحكى الداودي أن هذا الرجل الذي خاصم الزبير كان منافقاً .. وقوله في الحديث: "أنه أنصاري" لايخالف هذا لأنه كان من قبيلتهم لا من الأنصار المسلمين".

(١) انظر: العزيز شرح الوجيز ٦/٢٣٥.
(٢) "من" ليست في: ز.
(٣) في: ز "الكراهية".
(٤) "عليه" ليست في: ز.
(٥) في: ز، ب "وإن".
(٦) انظر: الروضة ١١/١٣٩.

بالكتاب. وأيضاً، فإن[١] النبي[٢] ﷺ، ومن بعده[٣] من الأئمة كانوا يحكمون ولا يكتبون المحاضر والسّجلاّت.

قال: صاحب "الشامل" وغيره: وإن[٤] طلب صاحب الحق أن يحكم له بما ثبت لزمه[٥] أن يحكم، فيقول: حكمت له به، أو أنفذت الحكم به، أو ألزمت صاحبه الحق، وإذا حكم، فلو طلب الإشهاد على حكمه لزمه الإشهاد، وإن طلب أن يكتب به سجلاً، فعلى التفصيل، والخلاف المذكور في كتابة المحضر[٦].

ونقل القاضي ابن كج وجهاً ثالثاً: وهو أنه يجب التسجيل في الدين المؤجل، وفي الوقوف[٧]، وأموال المصالح، ولا يجب في الديون الحالة والحقوق الخاصة، وسواءً أوجبنا الكتابة أو استحببناها، فيحتاج إلى بيان المكتوب، وإلى بيان أنه كيف يضبط ويحفظ.

أما الأوّل: فالمكتوب محضر، وسجل.

أما المحضر، فصورته بسم الله الرحمن الرحيم. حضر القاضي فلاناً، فلانٌ بن فلان، وأحضر معه فلان بن فلان، ويرفع في نسبهما قدر مايفيد التمييز وهذا إذا عرفهما القاضي.

ويستحب مع ذلك[٨] التعرض لحليتهما[٩] طولاً، وقصراً في القدّ[١٠] وسمرة، وشقره في الوجه. ويصف منهما الحاجب والعين والفم والأنف.

---

(١) "فإن" ليست في: ز.
(٢) في: ز "فالنبي".
(٣) "بعده" ليست في: أ.
(٤) في: ب، ظ "إن".
(٥) في: ب "له وجب".
(٦) انظر: العزيز ١٢/٤٥٦، والرسالة ص ٣٢٣.
(٧) في: ز "الموقف".
(٨) في: أ: "ذكر".
(٩) "الحِلْيَة" بكسر الحاء، وسكون اللام، وفتح الياء. هي الصفة. انظر: المصباح ص ١٤٩.
(١٠) "القَدّ" يراد به المساواة والمماثلة. انظر: المصباح ص ٤٩٢.

وإن لم يعرفهما، كتب: حَضَرَ رجلٌ ذكر أنه فلان بن فلان بن فـلان، وأحضـر معه رجلاً ذكر ذلك المحْضَر أنه فلان بن فلان، ولابدَّ والحالة هذه من التعرض لحليتهما، ثم يكتب: وادعى عليه كذا من عين أو دين يصفهما، فأقر المدعى عليه بما ادعـى، وإن أنكر، وأقام المدعي البينة، كتب، فأنكر فأحضر المدعي فلانـاً وفلانـاً شـاهدين، وسـأل القاضي سماع شهادتهما فسمعها في مجلس حكمه، وثبـت عنـده عدالتهمـا، وسـأله أن يكتب محضراً بما جرى، فأجابه إليه، وذلك في تـاريخ كـذا، ويثبـت علـى رأس المحضـر علامته من الحمدلة وغيرها ويجوز أن يُبْهم ذكر[1] الشاهدين فيكتب: وأحضر شـاهدين عدلين شهدا له بما ادعاه.

ولو كان مع المدعي كتابٌ به خط الشاهدين، فإن كتب تحت خطوطهما شهد عندي بذلك وأثبت علامته على رأس الكتاب، واكتفى به عن المحضر، جاز، وإن كتب المحضر، وضمنه ذلك الكتاب، جاز، وعلـى هـذا قيـاس المحضـر، يذكـر تحليـف المدعـى عليه، أو تحلف المدعي بعد نكول المدعى عليه.

وأما السِّجلُ فصورته: بسم الله الرحمن الرحيم.

هذا ماشهد عليه فلان القاضي بموضع كذا في تاريخ كذا أنه ثبـت عنـده كـذا، بإقرار فلان لفلان، أو بشهادة فلان وفلان، وقد ثبتت عدالتهمـا عنـده، أو بيمينـه بعـد نكول المدعى عليه، وأنه حكم بذلك لفلان[2] على فلان وأنفذه بسؤال من المحكوم لـه. ويجوز أن يكتب: ثبت عنده ما في كتابٍ هذا نسخته، وينسخ الكتـاب إلى آخـره، ثـم يكتب: وإنه حكم بذلك.

وكيفية التعرض لنسب المتداعيين، وحليتهما على ماذكرنا في المحضر.

وفي "تعليق" الشيخ أبي حـامد: أن ابـن خـيران لم يجوز للقـاضي التسـجيل،

---

(١) "ذكر" ليست في: أ.

(٢) في: ز "أو".

إذا لم يعرف المتداعيين، والمذهب الأول[١].

وإذا كان التداعي[٢] بين رجل وامرأة، أو بين امرأتين واحتاج إلى إثبات الحِلْيةِ فليكن النظر لذلك كالنظر لتحمل الشهادة، وأما أنه كيف يُضْبط، ويحفظ، فينبغي للقاضي أن يجعل المحاضر، والسجلات على نسختين يدفع منهما[٣] واحدة إلى صاحب الحق غير مختومة، وتحفظ الأخرى لديوان القضاء ويختمها، ويكتب على رأسها اسم الخصمين، ويضعها في خريطةٍ أو قمطر، وهو السَّفْطُ الذي تجمع فيه[٤] المحاضر والسجلات، ويكون بين يديه إلى آخر المجلس، فإذا أراد أن يقوم ختمه بنفسه، أو ختمه أمين له بمرأى منه، وأمر بحمله إلى موضعه، ثم يدعو به في اليوم الثاني، وينظر في الختم، ويفكه بنفسه، أو يفكه أمينه، وهو ينظر إليه ويضع فيه كتب اليوم الثاني، كما ذكرنا، وهكذا يفعل حتى يمضي أسبوع، فإن كثرت جعلها في[٥] إضبارة، وكتب عليها خصومات أسبوع كذا، من شهر كذا، من سنة كذا، وسجلاته، وعزلها، وإن لم تكثر تركها إلى أن يمضي شهر ثم يعزلها فإذا مضت سنة جمعها، وكتب عليها كتب[٦] سنة كذا، وذلك ليسهل الوقوف عليها عند الحاجة، وليجعلها في موضع لايصل إليه[٧] غيره، وإذا احتاج إلى شيء منها تولى الأخذ بنفسه، ونظر أولاً إلى ختمه وعلاماته.

وقوله في الكتاب: "وحالة تسرع إليه الغضب فيها" لا ضرورة إليه بعد قوله: "في حالة غضب وجوع" ولو اقتصر على قوله: "في حالة غضب وجوع"، و "حالة يدهش عن تمام الفكر" لحصل الغرض، وقوله: "وما يحكم به، فيكتب به محضراً ديوانياً".

سمي الكتاب المشتمل على الحكم محضراً، والمشهور من اصطلاح الأصحاب أن

---

(١) انظر: الروضة ١١/١٤١، ومغني المحتاج ٤/٣٩٤.

(٢) في: أ "المتداعي".

(٣) في: أ، ب "منها".

(٤) "فيه" ليست في: أ.

(٥) "في" ليست في أ، ز. "والإضبارة" بكسر الهمزة وهي الحزمة. المصباح ١/٣٥٧.

(٦) "كتب" ليست في: أ، ب.

(٧) في: ز "إليها".

السجل ما يشتمل على الحكم، والمحضر الذي فيه ذكر ماجرى من غير حكم على مابيناه.

[فرعان]

[قال الرافعي]: فرع: ذكر القاضي أبوسعد الهروي: أن أخذ الأجرة على التسجيل ينبني على الخلاف في وجوبه إذا طلب صاحب الحق، وقد أطلق في بعض المسودات القول: بجواز استئجار القاضي ليسجل، وهو منطبق على منع الوجوب الذي هو أظهر الوجهين[١]، وكذلك استئجار المفتي ليكتب الفتوى. والله أعلم.

آخر. قيل: الوجهان في أنه هل يجوز أن يكون القاضي أمياً[٢]؟ يمكن بناؤهما على الوجهين، في. في أنه: هل يجب على القاضي كتابةُ المحضر، والسجل[٣]، وفي "الوسيط"[٤] مايقرب من هذا، لكن يشبه أن يكون هذا الخلاف، في أن القاضي، هل يجب عليه تحصيل الكتاب؟ حجة للطالب، إما بنفسه أو بغيره، لا في مباشرته الكتابة بنفسه[٥].

[الأدب السادس: في مشاورة القاضي]

(قال [الغزالي] السادس: أن يخرج بعد اجتماع الفقهاء، ويشاورهم لتنتفي التهمة)

[قال الرافعي] المشاورة مستحبة على ما قال تعالى ﴿**وشاورهم في الأمر**﴾[٦]

---

(١) انظر: الروضة ١٤٢/١١، ومغني المحتاج ٢٩٥/٤.

(٢) أحدهما: لا. للحاجة إلى مطالبة الحجج وإثباتها.
وأصحهما: نعم، لأن النبوة التي هي أصل القضاء، لايشترط فيها معرفة الخط. انظر ص٣٥٨.

(٣) "أصحهما: الاستحباب، لأن الحق يثبت بالشهود لا بالكتاب". انظر: الروضة ١٣٩/١١، ومغني المحتاج ٣٩٤/٤.

(٤) انظر: ٣٠٢/٧.

(٥) في: ز "لنفسه".

(٦) سورة آل عمران، آية ١٥٩.

قال: الحسن البصري رضي الله عنه. كان النبي ﷺ : غنياً عن مشاورتهم، ولكن أراد أن يستنّ به الحكام بعده[١].

ولأن المشاورة أبعد من التهمة، وأطيب لنفوس الخصوم، وإنما يشاور العلماء الأمناء[٢]، ويستحب أن يجمع أصحاب المذاهب المختلفة ليذكر كل واحدٍ منهم دليل مذهبه، فيتأمل القاضي فيها، ويأخذ الأرجح عنده.

ثم الذي يشاورهم، إن شاء جمعهم عنده، وإن شاء أقعدهم ناحية، فإذا احتاج استدعاهم، وموضع المشاورة موضع تعارض الآراء، واختلاف وجوه النظر، فأما الحكم المعلوم بنص، أو إجماع أو قياس جلي، فإنه لايحتاج فيه إلى المشاورة.

وإذا حضر الذين يشاورهم، فإنما يذكرون ماعندهم إذا سألهم، ولا يبتدئون بالاعتراض، والرد على حكمه، إلا إذا كان حكماً مستحق النقض، على ما سيأتي تفصيله[٣].

وقوله: في الكتاب: "أن يخرج بعد اجتماع الفقهاء" كالصريح في أنه يُحضرهم قبل أن يجلس للحكم، وهذا، وإن لم يتعرض له المعظم يجوز أن يوجه بأنهم بانتظاره أولى منه بانتظارهم.

وهو كقولنا: إن الإمام يخرج إلى المصلى بعد اجتماع الناس.

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٩٤/٤.
"حديث حسن البصري في قوله "وشاورهم في الأمر" قال: كان النبي ﷺ غنياً عن مشاورتهم ...".
"سعيد بن منصور عن سفيان ابن شبرمة عن الحسن نحو، ورواه السلمي في آداب الصحبة من حديث طاوس عن ابن عباس مرفوعاً. وفيه عباد بن كثير وهو ضعيف جداً".

(٢) قال في مغني المحتاج ٣٩١/٤ "تنبيه" "... الذين يقبل قولهم في الإفتاء فيدخل الأعمى والعبد والمرأة، ويخرج الجاهل والفاسق. وقال القاضي حسين: لا يشاور من دونه في العلم على الأصح. قال: وإذا أشكل الحكم تكون المشاورة واجبة، وإلا فمستحبة أ.هـ".

(٣) انظر: الوجيز ٢٤١/٢، ، الروضة ١٥٠/١١.

[الأدب السابع: في بيع القاضي وشرائه وحكم الرشوة]

(قال [الغزالي]: السابع: أن لا يشتري بنفسه، ولا بوكيل معروف حتى لا يُسامح في البيع، ولا يقبل الهدية ممن له خصومة، فإن قبلها فهو سحت، وفي دخولها[١] في ملكه وجهان:

ومن لا خصومة له، فلا يحرم أخذه منه، والأولى أن لا يأخذ أو يُثيبَ عليه).

[قال الرافعي]: فيه مسألتان

إحداهُما: يكره للقاضي أن يتولى البيع، والشراء بنفسه، أما في غير مجلس الحكم فلأنه قد يحابى بسبب القضاء، فيميل قلبه إلى من حاباه. إذا وقعت بينه وبين غيره حكومة، وربما خاف خصم من عامله، من ميل القاضي إليه فيمتنع من رفعه.

وأما في مجلس الحكم فلهذا المعنى، ولئلا يشتغل قلبه، ويتجرد للنظر، والاجتهاد، وقد روي عن شريح رضي الله عنه أنه قال: شرط عليَّ عمر رضي الله عنه، حين ولاّني أن لا أبيع ولا أبتاع ولا أقضي وأنا غضبان"[٢].

وسبيله مما يحتاج إليه من بيع وشراء أن يوكل فإذا عرف الشخص بوكالة أبدله بآخر، فإن لم يجد من يوكله عقد بنفسه للضرورة، ثم إذا وقعت خصومة لمن عامله أناب من يحكم بينه وبين خصمه خوفاً من أن يميل إليه، ولا يختص هذا الحكم بالبيع والشراء، بل الإجارة، والاستئجار وسائر المعاملات في معناهما، بل عن نصِّ الشافعي رضي الله عنه في "الأم"[٣] أنه لاينظر في نفقة عياله، ولا أمر ضيعته ويكله إلى غيره تفريغاً لقلبه.

وعن أبي حنيفة[٤] رحمه الله: أنه لايكره له مباشرة البيع والشراء.

---

(١) في: أ، ب "دخوله".
(٢) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٩٥/٤ "لم أجده".
(٣) انظر: الأم ١٩٩/٦.
(٤) انظر: الاختيار تعليل المختار ٧٨/٢. والذي عليه المذهب: أنه لايجوز للقاضي أن يبيع ويشتري بنفسه بل يفوض ذلك إلى غيره".

=

الثانية: الرِّشوة محرمة؛ لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: لَعَنَ رسولُ اللهِ ﷺ الرَّاشِي والمُرْتَشِي فِي الحُكْمِ"[١].

ولأن الحكم الذي يأخذ عليه المال، إما أن يكون بغير حق؛ فيحرم أخذ المال في مقابلته، لأنه حرام، أو يكون بحق، فلا يجوز توقيفه على المال، وهذا إذا أخذ من بيت المال رزقاً على القضاء.

أما إذا لم يأخذ فإن الشيخ أبا حامد: ذكر أنه لو قال: للخصمين لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقاً، جاز، وحكى مثله عن القاضي أبي الطيب وغيره ونحا نحوهم القاضي أبوسعد الهروي[٢]: فقال له أن يأخذ أجرة عمله[٣] إن لم يتعين للقضاء، وإن تعين فكذلك جواب صاحب "التقريب".

قال: والأكثرون منعوا منه، فأما إذا رزقه أهل ولايته، أو واحد من الناس، فقد تقدم[٤]. ويشبه أن يجوز ذلك إذا جاز الأخذ من الخصمين.

ويحرم على باذل الرشوة البذل، إن كان يبذلها لحكم بغير حق، أو لدفع حكم بحق[٥]، وإن كان يبذل ليصل إلى حقه، فلا، كفداء الأسير، هذا حكم الرشوة.

= والمنقول عن محمد بن الحسن أحد الصاحبين لأبي حنيفة رحمهما الله "لابأس أن يبيع ويشتري من غير مجلس القضاء".
انظر: فتح القدير ٣٧٥/٦.

(١) الحديث: أخرجه الترمذي ٣٩٧/٢، من كتاب الأحكام، باب ماجاء في الراشي والمرتشي في الحكم.
وأبوداود ٣٠٠/٣، من كتاب الأقضية، باب في كراهية الرشوة إلا أنه لم يذكر "في الحكم".
وابن ماجه ٧٧٥/٢، من كتاب الأحكام، باب التغليظ في الحيف والرشوة.
وانظر التلخيص ١٨٩/٤.

(٢) في: أ، ب، ظ "وهذا كما حكينا عن القاضي أبي سعيد".

(٣) في: ب، ظ "على عمله".

(٤) انظر ص٣٢٢ و ٣٢٣، إذا لم يجد القاضي كفاية، والروضة ١٣٧/١١. وانظر: هامش العزيز شرح الوجيز ٤٦٧/١٢.
حيث قال فيه "ما نقله المصنف عن الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب جرى عليه ابن الصباغ والجرجاني والروياني في "البحر" كما قاله في الخادم.
قال: وحيث قلنا بالجواز فله شروط ...".

(٥) قال في مغني المحتاج ٣٩٢/٤ "لأن الحكم الذي يأخذ عليه المال إن كان بغير حق فأخذ المال
=

أما الهدايا: فالأولى أن يسد الباب ولا يقبلها، لأنه أبعد عـن التهمـة، ثـم ينظـر، فإن كان للمهدي خصومةٌ في الحال، حـرم قبـول / هديتـه، لأنـه يدعـو إلى الميـل إليـه، (٤٥٩/ز) وينكسر به قلب خصمه، وإن لم يكن له خصومة، فإن لم يعهـد منـه الهديـة قبـل تـولى القضاء، حرم قبول هديته في محل ولايته، لأن هذه هدية سببها العمل ظاهراً.

وقد روي أنه ﷺ قال: هَدَايا العُمَّالِ غُلُولٌ"[١] وَيُرْوَى "سُحْتٌ"[٢].

وهديته في غير محل ولايته، كهدية من عُهِدَ منه الهدية قبل تولي القضـاء لقرابـة، أو صداقة، ولايحرم قبولها، لأنها ليست حادثة بسبب العمل، وحكى صاحب "الشامل" أن بعض الأصحاب حكم بتحريمه، وهو قضية ما أطلقه المـاوردي[٣]، فـإن زاد المهـدي على القدر المعهود صارت هديته كهدية مـن لم يعهـد منـه الهديـة. وحيـث حكمنـا أن القبول ليس بحرام، فله الأخذ والتملك، والأولى أن يُثيب عليها أو يضعها في بيت المال.

وإذا قلنا: بالتحريم، فلو قبل هل تملك؟ فيه وجهان:

أحدهما: ويحكى عن صاحب "التقريب": نعم، لوجود التمليك والقبول.

= في مقابلته حرام، أو بحق فلا يجوز توقيفه على المال إن كان له رزق مـن بيـت المـال وروي "أن القاضي إذا أخذ فقد أكل السحت، وإذا أخذ الرشوة بلغت به الكفر".

واختلف في تأويله، فقيل: أذا أخذها مستحلاً. وقيل: أراد إن ذلك طريـق وسـبب موصـل إليـه كما قال بعض السلف: المعاصي بريد الكفر" أ.هـ.

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٨٩/٤ و ١٩٠ "حديث هدايا الأمراء غلول" البيهقي وابن عدي من حديث أبي حميد، وإسناده ضعيف، والطبراني في الأوسـط مـن حديث أبي هريـرة، وإسناده أشد ضعفاً، وفيه عن جابر أخرجه سنيد بن داود في تفسيره، عن عبده بن سلمان عـن إسماعيل بن مسلم عـن الحسـن عـن جـابر، واسمـاعيل ضعيـف" ويـروى "سحت" الخطيـب في تلخيص المتشابه من حديث أنس.

وانظر: إرواء الغليل ٢٤٦/٨، إذ رواه بلفظه وقال: بأنه صحيح.

(٢) قال في مغني المحتاج ٣٩٢/٤ "ويستثنى من ذلك هدية أبعاضه، كما قـال الأذرعـي: إذا لاينفـذ حكمه لهم".

(٣) انظر: الإقناع ص ١٩٤، وانظر: الأحكام السلطانية ص ٧٥.

وأشبهها[١]: لا، لأنه قبول محرم، فلا يفيد الملك. وشُبِّه الوجهان بالوجهين فيمن وهب الماء وهو محتاجٌ إليه للوضوء من غير عطش بالمتهب[٢].

وذكر العراقيون تفريعاً، على أنه لايجوز القبول وجهين: أو قولين: فيما يصنع بها لو قبل.

أحدهما: أنه يضعها في بيت المال.

والثاني: يردها على مالكها[٣]، وهذا فيه اضطراب، والقياس ماحكاه أبوالفرج الزاز[٤]: وهو أنه إذا لم يملك فيردها على مالكها، فإن لم يعرفه وضعها في بيت المال.

وإذا عَرَفْتَ أن قبول الرشوة حرام مطلقاً، وقبول الهدية جائز في بعض الأحوال، طلبت الفرق بينهما، وقلت باذل المال راضٍ فيهما جميعاً فبمَ يميز بينهما؟ والذي وجدته في الفرق بينهما شيئين:

أحدهما: في كلام القاضي ابن كج أن الرشوة هي التي يشترط[٥] على بذلها الحكم بغير الحق أو[٦] الامتناع من الحكم بالحق، والهدية هي العطية المطلقة.

والثاني: قال: "المصنف" في "الإحياء"[٧] المال إما أن يبذل لغرض آجل، فهو قربة، وصدقة، أو لغرض عاجل، وهو إما مال، فهو هبة بشرط ثواب، أو لتوقع[٨] ثواب، أو عمل، فإن كان[٩] ذلك العمل حراماً، أو واجباً متعيناً فهو رشوة، وإن كان مباحاً، فإجارة أو جعالة، وأما التقرب، والتودد إلى المهدي إليه، وذلك إما أن يطلبه

(١) وهو المذهب. انظر: الروضة ١٤٣/١١، ومغني المحتاج ٣٩٢/٤.
(٢) انظر: الوجهين، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٢٢٩/٢، الروضة ٩٨/١.
(٣) وهو الصحيح. ذكره النووي، وانظر: الروضة ١٤٣/١١، مغني المحتاج ٣٩٢/٤.
(٤) سبقت ترجمته ص٢٨٩ وهو: أبوالفرج السرخسي، صاحب "الأمالي".
(٥) في: أ "يشترط".
(٦) في: أ، ب، ظ "و".
(٧) لم أجده.
(٨) في: أ "توقع".
(٩) "كان" ليست في: ز.

لنفسه فهو هدية، أو ليتوسل بجاهه إلى أغراض، ومقاصد، فإن كان جاهه بالعلم، أو النسب، فهو هدية، وإن كان بالقضاء، والعمل، فرشوة. وا لله أعلم.

وقوله في الكتاب "فإن قبلها فهو سحت" بعد قوله: "ولا يقبل الهدية ممن له خصومة" لابأس به ليتبين أن المراد من قوله "لايقبل للتحريم" وليرتب عليه قوله: "وفي دخولها في ملكه وجهان" وقوله: "من لاخصومة له، فلا يحرم الأخذ منه" ظاهر إطلاقه، نفي التحريم، وإن كان المهدي ممن لم تجز عادته بالهدية، وكذلك ذكره في "الوسيط"[1] صريحاً، والمشهور خلافه كما بيناه[2].

[الأدب الثامن في كيفية تعزيز من أساء أدبه في مجلس القضاء ونحو ذلك]

(قال [الغزالي] الثامن: أن لايعزر من أساء أدبه في مجلسه إلا بعد الزجر باللسان، والإصرار، فإن ظهر كذب الشاهد، عزره على الملأ، ونادى عليه)

[قال الرافعي]: مقصود الفصل: أنه كيف يعزر من أساء أدبه في مجلسه، ومن شهد بالزور عنده؟.

أما الأول: فمن أساء من الخصوم الأدب في مجلسه، بأن صرح بتكذيب الشهود، أو ظهر منه مع الخصم لدد[3]، ومجاوزة حدٍ، فيزجره عنه، وينهاه، فإن عاد ثانياً هدده وصاح عليه فإن لم ينزجر، عزره على مايقتضيه الاجتهاد، من التوبيخ، وإغلاظ القول له، بأن يقول: أنت متعد، غيرُ منصف [ومن الحبس والضرب][4] ولايحبسه بمجرد ظهور اللدد، وعن الإصطخري أنه على قولين، وذكر في "تتمة

---

(١) انظر ٣٠٣/٧.

(٢) في: ز "بينا".

(٣) "اللَّدَدُ": لدَّ، يَلدُّ، لَدَداً، من باب تعب، اشتدت خصومته ... انظر: المصباح ص ٥٥١.
وقال الأزهري: أبومنصور محمد بن أحمد الأزهري، ت ٣٧٠هـ صاحب تهذيب اللغة. "اللَّدَدُ : التواء الخصم في محاكمته ...".
الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي ص ٢٦٩، حققه شهاب الدين أبوعمرو، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ.

(٤) "ومن الحبس والضرب" هكذا في جميع النسخ.

التتمة"[١]. أنه إنما يضربه بالدرة دون السياط، إذ الضرب بالسياط من شأن الحدود.

وهذا غير مسلم، بل الضرب بالسياط مشروع في غير الحدود، ألا ترى: أن[٢] لفظ الشافعي رضي الله عنه في تعزير القاضي شاهد الزور حيث قال: "عزره، ولم يبلغ بالتعزير أربعين سوطاً"[٣] ومثال اللدد: أن تتوجه اليمين على الخصم فيطلب يمينه، ثم يقطعها عليه، ويزعم أن له بينة، ثم يحضره ثانية وثالثة، ويفعل مثل ذلك.

وكذا لو أحضر إنساناً وادعى عليه، وقال: لي بينة سأحضرها، وفعل ذلك مرة ثانية، وثالثة إيذاءً وتعنتاً. ولو اجترأ خصمٌ على القاضي. وقال: أنت تجور، أو تميل، أو أنت ظالم، جاز أن يعزره، وأن يعفو عنه، والعفو أولى، إن لم يحمل على ضعفه، والتعزير أولى، إن حمل عليه.

وأما الثاني: فشهادة الزور من الكبائر، روي أنه ﷺ قال: عُدِلَتْ شهادة الزُّور بالإِشْرَاكِ بالله تعالى"[٤] وتلا قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾[٥].

وإذا ثبت من رجل أنه شهد بالزور، عزره القاضي بما يراه من توبيخ وحبس، وضرب، ويُشهر حاله، ويأمر بالنداء عليه في سوقه، إن كان من أهل السوق، أو قبيلته

---

(١) وهو كتاب في الفقه الشافعي، لمؤلفه الشيخ أبي الفتوح: أسعد بن محمد العجلي الشافعي المتوفي عام ٦٠٠هـ، وهي تتمة "التتمة" للمتولي المتوفي عام ٤٧٨هـ، وتتمة المتولي هي "تتمة الإبانة" والإبانة – للشيخ أبي القاسم الفوراني الشافعي المتوفي عام ٤٦١هـ.
انظر: كشف الظنون ١/١ حرف الألف.

(٢) في: ز "إلى".

(٣) انظر: الأم ١٩٩/٦.

(٤) الحديث: أخرجه أحمد في مسنده ١٧٨/٤، ٢٣٣، ٣٢٢.
وأخرجه أبوداود في سننه، من كتاب الأقضية، باب في شهادة الزور ٣٠٥/٣، ٣٠٦.
وأخرجه الترمذي، في أبواب الشهادات، ثم قال: "هذا الحديث إنما نعرفه من حديث سفيان بن زياد ٣٧٥/٣.
وأخرجه ابن ماجه، في كتاب الاحكام، باب شهادة الزور، ٧٩٤/٢. انظر: تلخيص الحبير ١٩٠/٤، حيث قال: "إسناده مجهول". وانظر: البدر المنير ٤٣١/٢، حيث قال " ... بإسناد ضعيف".

(٥) سورة الحج، آية ٣٠.

إن كانت له قبيلة، أو مسجده، إن كان من أهل المسجد[1]، تحذيراً للناس منه[2]، وتأكيداً للزجر[3]، وإنما تثبت شهادة الزور، بإقرار الشاهد، أو تيقن[4] القاضي، بأن شهد على أن فلاناً زنا يوم كذا بالكوفة، والقاضي قدراه في ذلك اليوم ببغداد، هكذا أطلقه الشافعي[5] رضي الله عنه، والأصحاب.

ولم يخرجوه على أن القاضي، هل يحكم بعلمه؟ ولا يغني قيام البينة على أنه شهد زوراً، فقد تكون هذه البينة بينةً زور، ويجوز إعلام.

قوله في الكتاب: "عزره ونادي عليه" بالحاء، لأن عن أبي حنيفة أنه لايُعزر شاهد الزور، ولا ينادى عليه[6].

[الأدب التاسع: في قضاء القاضي لنفسه أوولده أو أحد أقاربه ونحو ذلك]

(قال [الغزالي]: التاسع لايقضي لولده ولا على عدوه بل يحيل على غيره، فإن قضى بنفسه ففي النفوذ وجهان.

فإن منعنا قضاءه، ففي نائبه وجهان. ووصي اليتيم إذا ولي القضاء قضى لليتيم على الأصح).

[قال الرافعي] فيه صور:

---

(١) في: ز "المساجد".

(٢) "منه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) في: أ، ب، ظ "الأمر".

(٤) في: أ، ب: بيقين.

(٥) انظر: الأم ٢٠٦/٦، وانظر: الروضة ١٤٥/١١.

(٦) انظر: الهداية ١٣٢/٣، حيث قال فيها "قال أبوحنيفة رحمه الله: شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره. وقالا: "أي أبويوسف ومحمد" نوجعه ضرباً، ونحبسه.
إذاً قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله مخالف لقول أبي حنيفة وموافق لقول الشافعي رحمه الله.
انظر: فتح القدير ٥٣٣/٦.

الصورة الأولى: قضاء القاضي لنفسه ونحو ذلك

إحداها: لا ينفذ قضاء القاضي لنفسه[١]، ولا لمملوكه القِن[٢]، وغير القن، ولا لشريكه فيما له فيه شركة، ولا لشريك مكاتبه فيما له فيه شركة، ولا يقضي أيضاً لواحد من أصوله، وإن علوا، وفروعه وإن سفلوا، ولا لمملوكه، ولا لشريكه فيما له فيه شركة، ولو فعل، ففيه: وجهان:

أصحهما: أنه لاينفذ، لانهم أبعاضه فأشبه قضاؤه لنفسه[٣].

والثاني: ينفذ، لأن القاضي أسير البينة، فلا تظهر فيه تهمة، بخلاف الشهادة، فإنها تتعلق بالشاهد خاصة، فإن أراد أن يقضي لهم بعلمه، لم ينفذ[٤] على الوجهين جميعاً[٥]. وإن جوزنا للقاضي أن يقضي بعلمه[٦]. وصاحب "التلخيص"[٧] عبَّر عن الخلاف في المسألة، بقولين مخرجين من قولين حكاهما في شهادة الرجل، لأصوله، وفروعه.

و[٨]الجديد المشهور: المنع[٩]، والقديم: الجواز: يجوز أن يقضي القاضي على أصوله، وفروعه، كما يقبل الشهادة عليهم. وفصَّل في "التهذيب"[١٠]. مايكون حكماً للولد ومالا يكون حكماً له، فقال: يجوز أن يُحلِف القاضي ابنه على نفي مايُدَّعىَ عليه، لأنه قطع للخصومة، وليس حكماً له، ويجوز أن يسمع بينة المدعيٍّ على ابنه، ولا يجوز أن يسمع بينة الدفع من ابنه.

---

(١) "لأنه غير مؤتمن في حق نفسه". انظر: الحاوي ٤١٢/٢٠، والمهذب ٣٧٤/٢، والروضة ١٤٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٣/٤، وهامش العزيز شرح الوجيز ٤٧٠/١٢ و ٤٧١.

(٢) المصادر نفسها

(٣) وهو المذهب. انظر: المهذب ٣٧٤/٢، والوجيز ٢٤١/٢، والروضة ١٤٥/١١، ومغني المحتاج ٣٩٣/٤.

(٤) من قوله "لم ينفذ على .... أن يقضى بعلم" ليست في: ب، ظ.

(٥) "قطعاً" ذكره النووي في الروضة ١٤٥/١١، وانظر: مغني المحتاج ٣٩٣/٤.

(٦) وفي الروضة ١٤٥/١١ "بعلمه للأجانب". والله أعلم.

(٧) انظر: ص ٦٥٠.

(٨) "و" ليست في: ب، ز ، ظ.

(٩) وهو المذهب: انظر: الروضة ١٤٥/١١، ومغني المحتاج ٣٩٣/٤.

(١٠) انظر: ١٩٣/٨.

وهل يحكم القاضي بشهادة ابنه؟ فيه وجهان:

لأن القاضي بشهادته يتضمن تعديله، وإن عدله شاهدان، فالمتجه أنه يقضي.

فرع:

تحاكم إليه ابنه وأبوه. هل له الحكم، لأحدهما؟ فيه وجهان : منقولان في "المهذب"[(١)] أظهرهما: وهو المذكور في "التهذيب"[(٢)] لا. كما لو كانت الخصومة لأحدهما مع أجنبي.

والثاني: أن تعارض جانبهما يدفع التهمة.

الصورة الثانية: إذا وقعت للقاضي خصومة نظر فيها الإمام

الثانية: إذا امتنع حكمه لنفسه، ولأبعاضه فالطريق إذا وقعت له خصومة، أو بعض أبعاضه أن ينظر فيها[(٣)] الإمام، أو قاضي بلدةٍ أخرى[(٤)]، وفي نائبه وجهان.

أحدهما: أن مالا يجوز له، لايجوز لنائبه[(٥)].

وأظهرهما:[(٦)] الجواز، لأنه حاكم، وإن كان نائباً فأشبه سائر الحكام، وبنوا هذا الخلاف على أن نائب الحاكم، هل ينعزل بموته وانعزاله؟ إن قلنا: لا[(٧)]، فقد ألحقناه بالحكّام المستقلين[(٨)].

---

(١) ٣٧٤/٢ حيث قال: "... أحدهما: أنه لايجوز، كما لايجوز إذا حكم له مع أجنبي.
والثاني: أنه يجوز لأنهما استويا في التعقيب فارتفعت عنه تهمة الميل" ا.هـ، وانظر أدب القاضي للماوردي تحقيق محي هلال السرحان ٤١٥/٢، بغداد ١٣٩٣هـ.
والأول: هو المذهب. انظر: الروضة ١٤٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٣/٤.

(٢) انظر: ١٩٣/٨. حيث قال: "وإذا تحاكم إليه والده مع ولده، فحكم لأحدهما على الآخر. لايجوز، كما لو حكم له على أجنبي".

(٣) في: أ، ب، ظ "فيه" وهو خطأ.

(٤) انظر: الحاوي ٤١٢/٢٠، المهذب ٣٧٤/٢، والروضة ١٤٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٣/٤.

(٥) وهووجه ضعيف ذكره النووي في الروضة ١٤٦/١١ وقال في مغني المحتاج ٣٩٣/٤ "والثاني: لا للتهمة".

(٦) وهو الصحيح: انظر المصدرين

(٧) "لا" ليست في: ز.

(٨) انظر: الروضة ١٢٨/١١، ومغني المحتاج ٣٨٢/٤.

الصورة الثالثة: لا يقضي لولده ولا على عدوه

الثالثة: كما لا يقضي لولده، لا يقضي على عدوه، اعتباراً بالشهادة، هذا هو المشهور، والمذكور، في الكتاب[١].

وقال القاضي الماوردي في "الأحكام السلطانية" يجوز له أن يحكم عليه بخلاف الشهادة، لأن أسباب الشهادة خافية[٢].

الصورة الرابعة: إذا كان ليتيم وصيٌّ فصار قاضيا

الرابعة: إذا كان لليتيم وصي، فَوُلِّيَ قضاء البلدة، فهل له أن يسمع البينة لليتيم، ويحكم له؟

فيه وجهان: أحدهما: وبه أجاب ابن الحداد[٣] لا، لأنه إذا حكم فقد أثبت الولاية لنفسه.

وأصحهما[٤]: نعم. وبه قال: القفال، لأن القاضي، يلي أمر الأيتام كلِّهم، وإن لم يكن وصياً من قبل فلا تهمة.

[الأدب العاشر: في نقض القاضي قضاء نفسه وقضاء غيره]

(قال [الغزالي]: العاشر: [٥]لاينقض قضاء نفسه، وقضاء غيره، إلا إذا خالف أمراً مقطوعاً به، أو مظنوناً بخبر واحدٍ أو بقياس جلي، ولم ينقض عمر قضاءه في مسألة المشرَّكة. والنص أنه ينقض قضاء من حكم بنكاح المفقود زوجها بعد أربع سنين، مع أنه مذهب عمر رضي ا الله عنه.

وينقض قضاء الحنفي في خيار المجلس، والعرايا، وذكاة الجنين، لظهور الخبر، وفي القتل بالمثقل، لظهور القياس وإذا لم ينقدح في نفسه إمكان الصواب انقداحاً له وقع ما ُفله النقض).

---

(١) الوجيز ٢/٢٤١، وانظر: الروضة ١١/١٤٦، ومغني المحتاج ٤/٣٩٣.

(٢) انظر ص ٧٦.

(٣) سبقت ترجمته ص١٨٧.

(٤) انظر: الروضة ١١/١٤٦.

(٥) في: أ "أن".

[فصل في الأصول التي يقضي بها القاضي ويفتي بها المفتي]

[قال الرافعي: الفصل يحوج إلى التعرض لقواعد:

إحداها: الأصول التي يقضي بها القاضي، ويفتي بها المفتي، كتابُ الله تعالى، وسنةُ رسول الله صلى الله عليه وسلم، والإجماع، والقياس.

وقد يقتصر على الكتاب، والسنة، ويقال: الإجماع يصدر عن أحدهما، والقياس الرد إلى أحدهما، فهما الأصلان.

وهاهنا مسألتان:

إحداهما: قول الواحد من الصحابة، إن لم ينتشر فيهم، ولم يعرف له مخالف[1] فهل هو حجة؟ فيه قولان: القديم[2]: نعم، لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: "اقْتَدُوا باللَّذَيْنِ مِنْ بَعْدِي أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ"[3] وأنه قال: "عَلَيْكُمْ بِسُنَّتِي، وسُنَّةِ الخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ مِنْ بَعْدِي"[4] وأنه ﷺ قال: "أَصْحَابِي كَالنُّجُومِ بِأَيِّهِمُ اقْتَدَيْتُمُ اهْتَدَيْتُمْ"[5]

---

(١) "ولم يعرف له مخالف" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) انظر: الرسالة ص ٥٩٧، ٥٩٨، والمستصفى ٢٧١/١ و ٢٧٢.

(٣) الحديث أخرجه أحمد في مسنده ٣٨٢/٥ - ٣٨٥، ٣٩٩، ٤٠٢، الترمذي في باب مناقب أبي بكر وعمر من أبواب المناقب ٢٧٢/٥.
وأخرجه ابن ماجه في فضائل أصحاب رسول الله ﷺ من المقدمه ٣٧/١، وأخرجه الحاكم، وصححه وقال: له شاهد بإسناد صحيح عن ابن مسعود ٨٠/٣ رقم ٤٤٥٥. وانظر: البدر المنير ٤٣١/٢، وتلخيص الحبير ١٩٠/٤.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده ١٢٦/٤، وأبوداود ٢٠٠/٤، حديث ٤٦٠٧، كتاب السنن، باب في لزوم السنة والترمذي حديث ٢٦٧٨ وقال: "حسن صحيح" والحاكم ١٧٥/١، كتاب العلم وقال: "هذا إسناد صحيح على شرطهما جميعاً ولا أعرف له علة. وانظر: البدر المنير ٤٣١/٢، وتلخيص الحبير ١٩٠/٤.

(٥) أخرجه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله ٩١/٢.
قال ابن عبد البر: هذا اسناد لا تقوم به حجة، لأن الحارث بن غُصين مجهول.
قال ابن الملقن في البدر المنير ٤٣١/٢ "وأسانيدها كلها ضعيفة. قال البزار. لايصح هذا الكلام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. وقال ابن حزم: خبر مكذوب موضوع باطل لم يصح" وانظر: تلخيص الحبير ١٩٠/٤.
وسلسلة الأحاديث الضعيفة للألباني ٧٨/١ حديث ٥٨.

وأيضاً فإن قوله: إن استند إلى نص، وجب اتباعه، وإلا فاجتهاده أقوى، لأنه شاهد الوحي وسمع الألفاظ، ورأى القرائن.

والجديد: لا، لأنه غير معصوم عن الخطأ فأشبه التابعي، ولأن غيره يساويه في آلة الاجتهاد، فلا يكون قوله حجة عليه. وذكر الشيخ أبوإسحاق الشيرازي[١] رحمه الله، وغيره أن مالكاً وأحمد[٢] - رحمهما الله - قالا: بالقول الأول. وأن أصحاب أبي حنيفة[٣] رحمه الله قالوا: إن خالف قوله القياس، فهو توقيف يقدم على القياس، وعلى ذلك بنوا الحكم في نذر ذبح الولد لقول ابن عباس[٤] رضي الله عنهما. ثم في موضع القولين طريقان فعن أبي بكر الصيرفي والقفال: أن القولين فيما إذا لم يكن مع قوله قياس أصلاً، أما إذا كان معه قياس ضعيف فيحتج به، ويرجح على القياس القوي.

وقال الأكثرون: لا فرق، فإن قلنا بالقديم وجب الأخذ به، وترك القياس.

وفي تخصيص العموم به وجهان: وجه الجواز: أنه يجوز التخصيص بالقياس فما يتقدم عليه أولى.

ووجه المنع: أنهم كانوا يتركون أقوالهم بالعمومات فأولى أن يتركها غيرهم، فإن قلنا: بالجديد، فهو كقول سائر المجتهدين. نعم لو تعارض قياسان أحدهما: يوافق قول الصحابي. قال: صاحب الكتاب: في الأصول[٥] "قد تميل نفس المجتهد إلى مايوافق

---

(١) انظر: اللمع في أصول الفقه ص ٢٦٤ ومعه تخريج أحاديثه.

(٢) انظر: روضة الناظر، وجنة المناظر لابن قدامة، ومعها شرحها نزهة الخاطر العاطر ٤٠٣/١ لابن بدران، مكتبة الكليات الأزهرية.

(٣) انظر: تيسير التحرير ٦٤/٣.

(٤) قول ابن عباس: "فيمن نذر ذبح ابنه"
عن ابن عباس في هذه المسألة روايات:
إحداها: ينحر مائه من الإبل كما فدى عبد المطلب.
ثانيتها: "ينحر كبشاً"
ثالثتها: "كفارة يمين"
انظر: ابن أبي شيبة في مصنفه ١٠٤/٣، في كتاب الأيمان والنذور والكفارات - باب في الرجل يقول هو ينحر ابنه.

(٥) انظر: المستصفى ٢٧١/١ و ٢٧٢.

قول الصحابي، ويرجح عنده، هـذا إذا لم ينتشر قولـه، فـإن[١] انتشـر، فإمـا أن يخالفـه
غيره، أو يوافقه سائر الصحابة، ويقولوا بمثل ذلك، أو يسكتوا، فإن خالفه غـيره، فعلى
الجديد، وهو كاختلاف سائر المجتهديـن، وعلى القديـم: همـا حجتـان تعارضتـا. فـإن
اختص أحد الطرفين بكثرة العدد، أو بموافقة أحد الخلفاء الأربعة، يرجح، نصّ عليـه في
القديم[٢]. في موافقة أبي بكر، وعمر، وعثمان رضي الله عنهم، وعلـيّ عليـه السـلام في
معناهم، لكنه اكتفى بذكرهـم. وقيـل بخلافـه، لأنهـم كـانوا في دار الهجـرة والصحابـة
متوافرون، وكانوا في حكمهم، وفتواهم يتشاورون، وعلي رضـي الله عنـه، انتقـل الى
١ الكوفة، وتفرقت الصحابة، وإن لم يوجد واحدٌ مـن الأمريـن في واحـدٍ مـن الطرفـين، أو
وجد في كل واحد منهما، أحد الأمرين، فهما سواء، ولو كان في أحد الطرفين أبوبكـر،
وعمر، وفي الآخـر عثمـان، وعلي[٣] رضـي الله عنهـم. فيسـتويان، أو يـترجح طـرف
الشيخين؟ فيـه وجهـان: ويشبه أن يجـيء مثلهمـا في تعـارض الشـيخين حتـى يسـتوي
الطرفان على وجه، ويرجح[٤] طرف أبي بكر على الثاني، فإن وافقـه سـائر الصحابـة،
وقالوا بما قاله، فهذا اجتماع منهم على الحكم، ولا يشترط فيه انقراض عصر المجمعـين،
على أصح الوجهين حتى[٥] لايتمكن أحد منهم من الرجـوع[٦] بـل يكـون قولـه الأول
مع قول سائر المجمعين، حجة عليهم، كما هو حجة على غيرهم، وإن سـكتوا فاختيـار
صاحب الكتاب في الأصول[٧]: أنه ليس بحجة، والمشهور عند الأصحاب خلافه، لأنهم
لو لم يساعدوه لاعترضوا عليه نعم ذكروا وجهين في أنه هل يُعـدّ ذلـك إجماعـا؟ قـال:
القاضي الروياني: وهذا إذا لم تظهر أمارات الرضا ممن سكت، فإن ظهرت فهـو إجمـاع
بلا خلاف. قالوا: وأصح الوجهين هاهنا اشتراط[٨] انقراض العصر في كونـه حجـة، أو

---

(١) في: أ "وإن".

(٢) انظر: الرسالة ص ٥٩٨، واللمع للشيرازي ص ٢٦٨، وانظر المستصفى ٢٧٢/١.

(٣) في: ب "علي وعثمان".

(٤) في: ب "ويترجح".

(٥) في" أ، ب "ولا".

(٦) انظر: الروضة ١٤٨/١١.

(٧) انظر: المستصفى ٢٧١/١، وانظر الروضة ١٤٨/١١.

(٨) "اشتراط" ليست في : أ.

إجماعاً، وهل يُفرق بين أن يكون ذلك القول مجرد فتوى، أو حكماً من إمامٍ، وحاكم؟ فيه طرق عن ابن أبي هريرة: أنه إن كان فتوى، وسكتوا، انتهضت الحجة، وفي الحكم بخلافه، لأن الاعتراض على الإمام ليس من الأدب، فلعل السكوت كان لذلك. وعن أبي إسحاق عكسه[1]، لأن الحكم يصدر عن مشاورة، ومراجعة.

وقال الأكثرون: لا فَرْقَ، وكانوا يعترضون على الإمام، كما يعترضون على غيره، ألا ترى أنهم خالفوا أبا بكر في الجد[2]، وعمر رضي الله عنهما في المشرَّكة[3]. هذا[4] إذا نُقِل السكوت، أما إذا لم ينقل قولٌ، ولا سكوتٌ، فيجوز أن لا يلحق بهذا، ويجوز أن يُسْتَدل به على السكوت، لأنه لو قال شيئاً، لنقل، كما نقل اختلافهم في مسائل الاختلاف[5].

المسألة الثانية:

قد يستحسن الشئ بدليل يقوم عليه[6] من[7] كتاب أو سنة، أو إجماع، أو

---

(١) انظر: اللمع للشيرازي ص ٢٦٨.

(٢) مذهب أبي بكر: أن الجد كالأب، فيحجب الإخوة مطلقاً. انظر: عدة الباحث في أحكام التوارث، عبد العزيز بن ناصر الرشيد ص ٣٢.

(٣) هي زوج وأم وإخوة لأم، وإخوة أشقاء.
فالذي حكم عمر رضي الله عنه به أولاً: للزوج النصف، وللأم السدس والباقي للأخوة لأم، ويسقط الإخوة الأشقاء. وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد.
والذي حكم به أخيراً هو التشريك بين الإخوة لأم والإخوة الأشقاء، وبه قال مالك والشافعي انظر: عمدة الباحث في أحكام التوارث ص ٣١. وانظر الخبر عن عمر في ص٣٥٤ من الرسالة.

(٤) قال: النووي في الروضة ١١/١٤٨ "ومختصر هذا الاختلاف أوجه. والصحيح: أنه حجة، والثاني: حجة وإجماع. والثالث: ليس بحجة. والرابع: من المفتي حجة، ومن الحاكم لا، والخامس: عكسه" أ.هـ.

(٥) قال النووي: والمختار أن عدم النقل كنقل السكوت، لأنه الأصل، والظاهر والله أعلم. الروضة ١١/١٤٨.

(٦) "عليه" ليست في : ز.

(٧) في: أ، ب، ظ "في".

قياس، فيتبع، وقد[١] يستحسن لأمر يهجس في النفس، أو لعادة الناس من غير دليل، أو على خلاف الدليل، وهذا لايجوز اتباعه، وبناءُ الحكم عليه، وعن أبي حنيفة رحمه الله أَنّه يتبع ما استحسن[٢] بالعادة، ويترك لـه القياس، وخَبَرُ الواحد دون الكتاب والسنة المتواترة، ومثل ذلك: يقوله في أربعة شهدوا على[٣] رجل بالزنى في بيت واحد، وعيّن كل واحد منهم زاوية غير ما عيّن أصحابه، أن القياس أن الشهود قذفةٌ يُحدُّون، وترد شهادتهم. لكن[٤] استحسن قبول شهادتهم، ورجم المشهود عليه، وفسر متأخروا أصحابه[٥] الاستحسان بترك القياس بالسنة، وربما قالوا: هو القول بأقوى القياسين وعلى هذا فلا خلاف بيننا وبينهم.

القاعدة الثانية: اختلفت عبارات الأصحاب في تقسيم القياس.

والأقرب إلى كلام الشافعي رضي الله عنه. أن القياس نوعان: جلي، وغيره[٦].

أما الجلي: فهو الذي يعرف به موافقة الفرع الأصل، بحيث لايبقى احتمال مفارقتهما، أو يبعد، و[٧]ذلك كظهور التحاق الضرب بالتأفيف في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾[٨].

وما فوق الذرة بالذرة[٩] في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾[١٠] وما فوق النقير بالنقير[١١] في قوله عز وجل ﴿وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيراً﴾[١٢]

---

(١) "وقد" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: ب ، ظ "ما يستحسن".

(٣) في: ز " بالزنى على رجل".

(٤) في: ز "لكني".

(٥) انظر: فتح القدير ٦٣/٥.

(٦) انظر: الأحكام في أصول الأحكام ٣/٤، ٤، واللمع ص ٢٨٣.

(٧) "و" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) سورة الإسراء، آية ٢٣.

(٩) "بالذرة" ليست في: أ، ب، ظ.

(١٠) سورة الزلزلة آية ٨.

(١١) "بالنقير" ليست في: أ.

(١٢) سورة النساء آية ١٢٤.

ومن أهل الكتاب

والدينار بالقنطار في قوله عز وجل ﴿ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِقِنْطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ﴾[1]. والقنطار بالدينار في قوله تعالى ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ﴾[2]

ومن عرف سياق[3] هذه النصوص، لم يرتب في هذه الإلحاقات، لأن الفروع أولى بهذه الأحكام من الأصول، وبعض الأصحاب، لايسمي هذا النوع قياساً، ويقول: هذه الإلحاقات مفهومة من النصوص، ويقرب منها التحاق العمياء بالعوراء، في حديث المنع من التضحية بالعوراء[4]، ويليها إلتحاق سائر التغيرات المزعجة بالغضب في قوله ﷺ "لايَقْضِي القَاضِي، وَهُوَ غَضْبَانُ"[5] وسائر الميتات بالفأرة، وغير السمن بالسمن، في قوله: "فِي الفَأْرَةِ تَقَعُ فِي السَّمْنِ، إِنْ كَانَ جَامِداً فَأَلْقُوهَا وَمَا حَوْلَهَا، وإِنْ كَانَ مَائِعاً فَأَرِيقُوهُ"[6] والغائط بالبول في قوله: ﷺ "لايبولَنَّ أَحَدُكُمْ

---

(١) سورة آل عمران، آية ٧٥.

(٢) سورة آل عمران آية ٧٥.

(٣) في: ب، ظ "شيئاً من".

(٤) الحديث : "النهي عن التضحية بالعوراء - وهو قوله ﷺ أربع لاتجوز في الضحايا، العوراء البين عورها، والمريضة البين مرضها، والعرجاء البين ضَلَعُها. والكسير التي لا تُنْقِي"
الحديث أخرجه مالك في الموطأ ص ٤٨٢، كتاب الضحايا، باب مايكره من الضحايا.
وأخرجه: أحمد في المسند ٢٨٤/٤.
والترمذي في سننه ٢٨/٣، كتاب الضحايا، باب مالا يجوز من الأضاحي، وقال: حديث حسن صحيح، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم.
وأخرجه ابوداود في سننه ٩٧/٣، كتاب الضحايا، باب مايكره من الضحايات، حديث ٢٨٠٢.
وأخرجه ابن ماجه في سننه ١٠٥٠/٢ كتاب الأضاحي، باب مايكره أن يضحى به، حديث ٣١٤٤.

(٥) حديث "لايقضي القاضي وهو غضبان" متفق عليه.
اخرجه البخاري في صحيحه ١٠٨/٨ - ١-٩، كتاب الأحكام باب هل يقضي الحاكم أو يفتي وهو غضبان.
وأخرجه مسلم في صحيحه ١٥/١٢، كتاب الأقضية، باب كراهية قضاء القاضي وهو غضبان. بشرح النووي.

(٦) حديث "الفأرة تقع في السمن..."

=

في الماء الراكد"[١].

ومن الجلي ماورد النص فيه على العلة كما روي أنه ﷺ قال: "إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَّةِ"[٢] وجعل ذكر المعاني وترتيب[٣] الأحكام عليها كما روي ﷺ : "سَهَا فَسَجَدَ"[٤]. وأن ماعزاً زنا فرجمه"[٥] وأن بريرة[٦] عتقت فخيرت"[٧] كالنص[٨] على العلة، وكذلك قوله تعالى ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾ إلى قوله: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾[٩]. لأنه بيّن أن العلة الإفضاء.

= أخرجه البخاري ٦/٢٣٢، كتاب الذبائح، باب إذا وقعت الفأرة في السمن الجامد أو الذائب. وأحمد في مسنده ٦/٣٣٠، في مسند ابي هريرة وأبوداود في سننه ٣/٢٦٤، كتاب الأطعمة، باب الفأرة تقع في السمن، الحديث ٣٨٤٢. وانظر: تلخيص الحبير ٣/٤.

(١) حديث "لايبولن أحدكم في الماء..." أخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي ٤/١٨٧، كتاب الطهارة باب النهي عن البول في الماء الراكد. وانظر: تلخيص الحبير ١/١٠٥.

(٢) حديث: "إنما نهيتكم من أجل الدافة".
أخرجه: أحمد في المسند ٦/٥١ في مسند عائشة رضي الله عنها، ومسلم، بشرح النووي ١٣/١٣٠، كتاب الأضاحي، باب بيان ماكان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي.
وانظر: تلخيص الحبير ٤/١٤٤ - ١٤٥.
والدّافّة: بالتشديد للفاء، "قال أهل اللغة الدافة، قوم يسيرون جماعة سيراً ليس بالشديد" والمراد هنا: من ورد من ضعفاء الأعراب للمواساة.
ذكره ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/١٤٥، وانظر: السراج الوهاج ٧/٤٤٠، المصباح ١٩٧.

(٣) في: أ، ب، ظ "في".

(٤) حديث "سها فسجد"
أخرجه أبوداود في السنن ١/٢٦٧ كتاب الصلاة، باب السهو في السجدتين، حديث ١٠١٨.
وأخرجه الترمذي ١/٢٤٥، كتاب الصلاة، باب ماجاء في التشهد في سجدتي السهو، حديث ٣٩٣. وانظر: تلخيص الحبير ٢/٣ - ٤.

(٥) حديث "ماعز رضي الله عنه"
أخرجه البخاري في صحيحه ٨/٢٤، كتاب المحاربين، باب سؤال الإمام المقر، هل أحصنت؟.
وأخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي ١١/١٩٦، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا. وانظر: تلخيص الحبير ٤/٥٦.

(٦) بريرة: هي مولاة عائشة أم المؤمنين، زوجة معتب كانت تخدم عائشة قبل أن تشتريها، ثم اشترتها وأعتقتها وقصتها في الصحيحين، عاشت إلى زمن يزيد بن معاوية.
انظر: ابن حجر، الاصابة في تمييز الصحابة ٤/٢٤٢ - ٢٥٢، تهذيب التهذيب ١٢/٤٣٢.

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه ٦/١٧١ - ١٧٢، كتاب الطلاق باب لايكون بيع الأمة طلاقاً.
وأخرجه مسلم في صحيحه ١٠/١٣٩، كتاب العتق، باب انما الولاء لمن أعتق.

(٨) في: أ، ب، ظ "في".

(٩) سورة النساء من آية ٢٠ - ٢١.

والنوع الثاني: غير الجلي[١]: وهو مالايزيل احتمال المفارقة ولا يبعده كل البعد، فمنه ماكانت العلة فيه مستنبطة كقياس الأرز على البُر، بعلة الطعم.

وعن ابن القاص: أنه من الجلي أيضاً. والظاهر الأول[٢]. ومنه قياس الشبه[٣]، وهو أن تشبه الحادثه أصلين. إما في الأوصاف بأن يشارك كل واحد من الأصلين في بعض المعاني، والأوصاف الموجودة فيه، أو في الأحكام، كما أن العبد يشارك الأحرار في بعض الأحكام، والأموال في بعضها، فيلحق بها المشاركة معه أكثر من الأصلين، وربما يسمى[٤] قياس الشبه خفياً، والذي قبله من غير الجلي، واضحاً، وربما خص اسم الجلي ببعض النوع الأول: وهو ماكان الفرع فيه أولى بحكم الأصل.

وسمي ماعداه واضحاً، وهذه الأمور اصطلاحية. وا لله أعلم.

القاعدة الثالثة: للأصحاب طريقان في المسائل الشرعية التي هي محل الاجتهاد[٥]، واختلاف المجتهدين، أشهرهما: أن فيها قولين.

أصحهما: أن الحق فيها واحد، والمجتهد مأمور بإصابته، ومن ذهب إلى غيره فهو مخطئ، لما روي أنه صلى ا لله عليه وسلم قال: "إِذَا اجْتَهَدَ الحَاكِمُ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَان، وإِذَا اجْتَهَدَ فَأَخْطأَ فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ"[٦]. وأيضاً فإن الصحابة رضي ا لله عنهم خطأ بعضهم بعضاً في مسائل الاختلاف. وروى عن أبي بكر رضي ا لله عنه أنه قال: في الكلالة[٧] أقول: فيها برأي إن كان صواباً فمن ا لله وإن كان خطأ فمني

---

(١) انظر: اللمع ص ٢٨٦، والأحكام للآمدي ٤/٣-٤.

(٢) انظر: الروضة ١١/١٤٩.

(٣) انظر: اللمع ص ٢٨٩، والأحكام للآمدي ٤/٥.

(٤) في: ز "سُمِي"

(٥) انظر: اللمع ص ٣٥٩، الروضة ١١/١٥٠، والاحكام للآمدي ٤/١٥٩ - ١٦٢.

(٦) الحديث سبق في أول كتاب القضاء وهو حديث متفق عليه.

(٧) الكلالة - بالفتح - ماخلا الولد والوالد - سموا "كلالة" لاستدارتهم بنسب الميت الأقرب فالأقرب، من تكلله الشيء إذا استدار به فكل وارثٍ ليس بوالد للميتِ، ولا ولدٍ له فهو كلاله.

وقيل: كل ميت لم يرثه ولد، أو أب، أو أخ، ونحو ذلك من ذوي النسب. انظر: المصباح ص ٥٣٨.

واستغفر الله"[1].

ويروى مثله في وقائع مختلفة، عن عمر وعلي، وابن مسعود[2] رضي الله عنهم، فدل ذلك على أن للمجتهدين[3] إصابة وخطأ.

والثاني: أن كل[4] مجتهد مصيبٌ، لأن كل واحد منهم، مأمور بالعمل بما أداه اجتهاده إليه، وغير الحق لايؤمر بالعمل به، ولأنه لو لم يكن كذلك، لتبرأ الأولون ممن يخالف الحق ولمنعوهم، كما فعلوه بما نعي الزكاة.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول، وبه قال: أبواسحاق، والقاضي أبوالطيب. فإن قلنا: إن المصيب واحد، فالمخطيء معذور، وغير آثمٍ. وذكر الشيخ أبوإسحاق الشيرازي[5]: أن القاضي أبا بكر الأشعري[6]، حكى عن أبي علي بن أبي

---

(١) الأثر أخرجه قاسم بن محمد في كتاب الحجة، والرد على المقلدين وهو منقطع، كما قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٩٤/٤. وانظر: البدر المنير ٤٣٥/٢.

(٢) قوله: "ويروى ... عن عمر، وعلى، وابن مسعود ..."
اما عمر ففي البيهقي ١٩٨/١٠ من طريق الثوري عن الشيباني عن أبي الضحى عن مسروق قال: كتب كاتب لعمر: هذا ما أرى الله أمير المؤمنين عمر، فانتهره، وقال: لا، بل اكتب هذا ما رأى عمر، فإن يكن صواباً فمن الله، وإن يكن خطأ فمن عمر. إسناده صحيح. ذكره ابن حجر في التلخيص ١٩٥/٤.
أما: مايروى عن علي أنه قال: "اجتمع رأي ورأي عمر على أن أمهات الأولاد لايبعن، ثم رأيت بعد ذلك أن أبيعن، فقال له عبيدة بن عمرو: رأيك مع رأي عمر أحبّ إلينا من رأيك وحدك، فقال: إنه رجع عن ذلك"
أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤١٠/٤، من كتاب البيوع والأقضية، باب في بيع أمهات الأولاد.
قال ابن حجر: وهذا الاسناد معدود في أصح الأسانيد.
وأما ابن مسعود: فيمن خلا بامرأة و لم يحصل وطأ، لها مثل صداق نسائها، لاوكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث، صححه الترمذي في كتاب النكاح، باب ماجاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها ٣٠٦/٢، حديث ١١٥٤، وانظر: تلخيص الحبير ١٩١/٣ و ١٩٢.

(٣) في: أ "المجتهدين".

(٤) في: أ "كان".

(٥) انظر: اللمع ص ٣٥٨.

(٦) أبوبكر الأشعري: هو محمد بن الطيب بن محمد، المعروف بالباقلاني المالكي الفقيه، المتكلم الأصولي، نشأ بالبصرة، وسكن بغداد كان فقيهاً بارعاً، ومحدثاً حجة ... توفي سنة ٤٠٣هـ. =

=

هريرة:أن المخطيء آثم. والمذهب الأول[1].

والخبر السابق دليل عليه. وعلام يؤجر المخطيء؟ فيه وجهان: عن أبي إسحاق: أحدهما:وهو ظاهر النص واختيار المزني.[2]. أنه يؤجر على القصد إلى الصواب، ولا يؤجر على الاجتهاد، لأنه اجتهاد أفضى به إلى الخطأ، فكأنه لم يسلك الطريق المأمور به.

والثاني: أنه يؤجر عليه، وعلى الاجتهاد جميعاً[3]. لأنه بذل مافي وسعه في[4] طلب الحق، والوقوف عليه، وربما سلك الطريق في الابتداء، ولم يتيسر له الاتمام، وإن قلنا: إن كل مجتهد مصيب، فهل نقول الحكم والحق في كل واحد من المجتهدين ماغلب على ظنه، أو نقول الحق، واحد وهو أشبه مطلوب إلا أن كل واحد منهم مكلف بما يغلب على ظنه[5] لابإصابة؟ الأشبه فيه وجهان: اختار[6] صاحب الكتاب منهما الأول[7].

وبالثاني: أجاب أصحابنا العراقيون عن القاضي أبي حامد، والداركي، وهذه قواعد أصولية تكلمنا فيها على طريقة المذهبين، ولم نشبع.

إذا عرفت ذلك فمهما قضى القاضي بالاجتهاد ثم بان له الخطأ في قضائه، فله حالتان:

إحداهما: أنه إذا بان أنه خالف أمراً مقطوعاً به كنص كتاب، أو سنة متواترة. أو إجماع. أو مظنوناً ظناً محكماً بخبر الواحد، أو بالقياس الجلي، لزمه نقض قضائه،

وله مؤلفات عديدة منها: "الانصاف"، و "مناقب الأئمة". انظر: تاريخ بغداد ٣٧٩/٥، والأعلام ١٧٦/٦.

(١) انظر: اللمع ص ٣٥٨، والروضة ١٥٠/١١.

(٢) المختصر ص ٢٩٩.

(٣) "لأنه يؤجر على الاجتهاد ... جميعا" ليست في: ز.

(٤) في: ز "من".

(٥) "أو نقول الحق ... على ظنه" ليس في: ز.

(٦) في: ز "اختيار".

(٧) انظر: الوجيز ٢٤١/٢، والروضة ١٥٠/١١، اللمع ص ٣٥٩.

روى أن عمر رضي الله عنه كان يفاضل بين الأصابع، في الدية، لتفاوت منافعها، حتى روى له الخبر في التسوية، فنقض حكمه[١].

وأنه كتب إلى أبي موسى رضي الله عنهما "لايمنعك قضاء قضيته ثم راجعت فيه نفسك، فهديت لرشده، أن تنقضه، فإن الحق قديم، لا ينقضه شيء، والرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل"[٢].

وعن علي رضي الله عنه: "أنه نقض قضاء شريح[٣] بأن شهادة المولى لا تقبل، بالقياس الجلي[٤].

وهو أن ابن العم تقبل شهادته مع أنه أقرب من المولى.

وهل على القاضي تعريف الخصمين صورة الحال، ليترافعا إليه فينقض الحكم؟

---

(١) حديث عمر أخرجه ابن أبي شيبة ٣٦٧/٥، من كتاب الديات، باب الأصبع من سوى بينها.
ورواه الخطابي في معالم السنن ٣٥٨/٦، عن سعيد بن المسيب. أن عمر كان يجعل في الابهام خمس عشرة وفي السبابة عشراً، وفي الوسطى عشراً، وفي البنصر تسعاً، وفي الخنصر ستاً، حتى وجد كتاباً عند آل عمرو بن حزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم "أن الأصابع كلها سواء فأخذ به"، معالم السنن بأسفل مختصر سنن أبي داود للمنذري، بتحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية.
رواه الشافعي في الرسالة ص ٤٢٢، حديث رقم ١١٦٠، عن سعيب بن المسيب مثله، انظر: البدر المنير ٤٣٥/٤، وتلخيص الحبير ١٩٥/٤ - ١٩٦.

(٢) الحديث أخرجه الدارقطني في سنن كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري ٢٠٦/٤، ط٢، ١٤٠٣هـ، عالم الكتب، بيروت.
قال ابن حجر: "... لكن اختلاف المخرج فيهما، مما يقوي أصل الرسالة لاسيما وفي بعض طرقه أن راويه أخرج الرسالة مكتوبة".
انظر: تلخيص الحبير ١٩٦/٤، وانظر البدر المنير ٤٣٥/٢.

(٣) شريح بن حارث بن قيس بن الجهم القاضي. مختلف في صحبته ولي القضاء لعمر وعثمان، وعلي رضي الله عنهم فمن بعدهم حتى استعفى من الحجاج قبل موته بسنة، وله في القضاء ٥٣ سنة كلها بالكوفة، توفي رضي الله عنه سنة ٧٨هـ وقيل غير ذلك وله ١٢٠سنة. انظر: الإصابة في تمييز الصحابة ١٤٩/٢.

(٤) هذا الأثر قال عنه في البدر المنير "لا أعلمه".
وقال عنه الحافظ أيضا في التلخيص ١٩٦/٤ "لا أجده".

حكى ابن كج عن ابن سريج: أنه لايجب إذا عرفا[١] أنه بان الخطأ، فإن ترافعا إليه نقض.

وعن سائر الأصحاب أنه يجب[٢]، وإن علما أنه بان الخطأ، لأنهما قد يتوهمان أنه لاينقض الحكم، وإن بان الخطأ فليعرفهما أنه على النقض ليترافعا إليه، هذا إذا كان الحكم فيما يتعلق بحقوق الآدميين، و[٣]إن كان[٤] يتعلق بحدود[٥] الله تعالى، فيبادر إلى تداركه إذا بان الخطأ، ومالا يمكن تداركه فحكم الضمان فيه على ماهو مذكور في موضعه[٦].

الحالة الثانية: إذا ظهر له قياس خفي رجح عنده على ماحكم به، ورأى أنه[٧] الصواب، فيحكم من بعد في أخوات الحادثة، بما ظهر له، ولكن لاينقض قضاءه الأول، بل يمضيه[٨]، لأن الظنون المتعادلة لو نُقِض بعضها ببعض، لما استمر حكم، ولشق الأمر على الناس، ومشهور عن عمر رضي الله عنه أنه حكم بحرمان الأخ من الأبوين في المشركة، ثم شرك بعد ذلك، و لم ينقض قضاءه الأول. وقال: "ذلك على ما قضيناه، وهذا على ما نقضي"[٩] وما ينقض به قضاء نفسه، ينقض به قضاء غيره، ومالا ينقض، لا ينقض، لافرق بينهما، إلا أنه لا يتبع قضاء غيره[١٠]، وإنما ينقضه إذا رفع إليه، وله أن يتبع قضاء نفسه لنقضه.

---

(١) في: أ "عرفاه" قال النووي: "لايلزمه إن علما أنه بان الخطأ" الروضة ١١/١٥٠.

(٢) وهو الصحيح. انظر: الروضة ١١/١٥٠، ومغني المحتاج ٤/٣٩٦.

(٣) في: ب "فإن".

(٤) في: ب" فيما".

(٥) في: ز "بحقوق".

(٦) انظر: الوجيز ٢/١٨٤، والروضة ١٠/١٨٣، ومغني المحتاج ٤/٢٠١ "الضمان الواجب بخطئه في الأحكام وإقامة الحدود، فهل على عاقلته أو بيت المال قولان: أظهرهما:على عاقلته" الروضة ١٠/١٨٣.

(٧) "أنه" ليست في: ب، ظ.

(٨) انظر: الروضة ١١/١٥١، ومغني المحتاج ٤/٣٩٧.

(٩) حديث عمر: أخرجه البيهقي ١٠/٢٠٥ - كتاب آداب القاضي - باب من اجتهد من الحكام ثم تغيَّر اجتهاده... وانظر: التلخيص ٤/١٩٦.

(١٠) من قوله: "ومالا ينقض ... قضاء غيره" ليس في: ب، ظ.

ولو كان المتصدي للقضاء، قبله ممن لايصلح للقضاء.

ففي "المهذب"[١]، و "التهذيب"[٢]، وغيرهما، أنه ينقض قضاياه كلها[٣] أصاب فيها أو أخطأ، لصدورها ممن لا ينفذ حكمه.

وقوله في الكتاب: "إلا إذا خالف أمراً مقطوعاً به، أو مظنوناً بخبر واحد أو بقياس جلي" يجوز إعلامه بالحاء، والميم. لأن عن أبي حنيفة ومالك[٤] أنه لاينقض بخبر الواحد، والقياس الجلي. ولا بكل مقطوع به وإنما ينقض إذا بان له مخالفة الإجماع، ولا ينقض ما وافق قول بعض العلماء، ثم لم يفيا بهذا الضابط[٥] فعن أبي حنيفة أنه ينقض قضاء من بدأ في القسامة بيمين المدعي[٦]، ومن أبطل السعاية في العتق[٧]، ومن صحّح بيع متروك التسمية[٨]، ومن قضى بالشاهد واليمين وعن مالك: أنه ينقض قضاء من أثبت الشفعة للجار[٩]. فهذا هو القول الجملي في الحكم الذي ينقض، والذي لاينقض وحاول في الكتاب ضبط ذلك فقال: "إذا لم ينقدح في نفسه إمكان الصواب إنقداحاً له وقع ما، فله النقض/ وذلك في النصوص لصحة موردها وصراحة لفظها، ويُعدها عن قبول التأويل. وفي الأقيسة، لوضوحها[١٠] وموافقتها الأصول، وإذا لم تكن كذلك، (٤٦٣/ز)

---

(١) انظر: ٣٨٠/٢.

(٢) انظر: ١٨٢/٨.

(٣) انظر: الروضة ١٥١/١١، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤.

(٤) انظر: مختصر خليل ص ٢٦١.

(٥) في: أ ، ب، ظ "الضبط".

(٦) انظر: الهداية ٢١٦/٤ و ٢١٧، والقسامة بالفتح الأيمان، كالقسم با لله تعالى، يقال: إنما سمي القسم قسماً لأنها تقسم على أولياء القتيل.
وهي: أن تجتمع جماعة من أولياء القتيل، ويدَّعون على رجل أنه قتل صاحبهم ومعهم دليل دون البينة فيحلفون خمسين يميناً أن المدعي عليه قتل صاحبهم.
انظر: المصباح ٥٠٣/٢، والتعريفات للجرجاني، ص ١٧٥، والمطلع على أبواب المقنع ص ٣٦٨.

(٧) انظر: الهداية ٥٥/٢ و ٥٦.

(٨) انظر:الهداية ٦٣/٤.

(٩) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٢.

(١٠) في: أ، ب، "يوضحها".

وتقارب النظران فلا ينقض، ويختلف الحال في ذلك بالمجتهدين، وآحاد الأدلة. ثم تكلموا في صور فردة:

منها: لو قضى قاض بصحة نكاح المفقود زوجها بعد أربع سنين، ومضى مدة العدة، ففيه وجهان: أشهرهما: وهو ظاهر النص، أن[١] حكمه منقوض لمخالفة القياس الجلي، بأن يجعل حياً في المال، فلا يقسم على ورثته[٢]، ويجعل ميتاً في النكاح[٣].

والثاني: المنع. كما في معظم المجتهدات. قال القاضي الروياني: وهو الصحيح. وقرب من هذا الخلاف الخلاف في نقض قضاء من قضى بحصول الفرقة في اللعان، بأكثر الكلمات الخمس[٤]، وبسقوط الحد عمن نكح أمة[٥] ووطئها[٦][٧].

ومنها: قضاء الحنفي ببطلان خيار المجلس[٨]، والعرايا[٩] بالتقييد الذي يجوزه[١٠]، وفي ذكاة الجنين[١١].

---

(١) "أن" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) "حتى يمضي زمان لايجوز أن يعيش فيه مثله". انظر المهذب ٣٢/٢، والوجيز ٢٦٧/١، ومغني المحتاج ٢٦/٣ و ٢٧.

(٣) "هذا على القديم، وفي الجديد لا، حتى يستيقن موته أو طلاقه"
انظر: المهذب ١٨٦/٢ و ١٨٧، والروضة ٤٠٠/٨، ومغني المحتاج ٣٩٧/٣.

(٤) انظر: الروضة ٣٥١/٨. حيث قال: "ولو حكم حاكم بالفرقة بأكثر كلمات اللعان، لم ينقذ حكمه، لأن حكمه غير جائز بالإجماع، فلا ينفذ كسائر الأحكام الباطلة.

(٥) "نكح أمة" هكذا في جميع النسخ، وكذا في الروضة ١٥١/١١.
ولعل الصواب "أنكح أمة – أي زوجها" لتستقيم العبارة. والله أعلم.

(٦) في: ز "وأمها" وهو خطأ.

(٧) وانظر: المسألة في الوجيز ١٦٨/٢.

(٨) انظر: تعريف "خيار المجلس" المطلع على أبواب المقنع ٢٣٤/١١ والحنفية لايقولون بذلك. انظر: الهداية ٢٧/٣ و ٣٢و ٣٥.

(٩) العرايا "جمع عرية، فعيلة، بمعنى مفعولة، وهي في اللغة كل شئ أفرد من جملة. انظر المصباح ٤٠٧/٢.
وفي الشرع: بيع رطب في رؤوس نخلة بتمر كيلاً.
انظر: المطلع على أبواب المقنع ٢٤١/١١.

(١٠) انظر: الهداية ٤٤/٣.

(١١) انظر: الهداية ٦٢/٤.

قيل: إنه منقوض لظهور الأخبار، وبعدها عن التأويلات التي يدعونها، وكذلك في القتل بالمثقّل، لأنه على خلاف القياس الجلي في عصمة النفوس، وهذا ما أورده الإمام وصاحب الكتاب وبمثله أجاب مجيبون[١] في الحكم بصحة النكاح، بلا ولي، وببيع أم الولد، وثبوت حرمة الرضاع[٢] بعد الحولين، وصحة النكاح بشهادة الفاسقين من غير إعلان، ونكاح الشغار، ونكاح المتعة، وفي الحكم بقتل المسلم بالذمي، وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الطرف، وبجريان التوارث بين المسلم والكافر، ويرد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب على ماذهب إليه ابن أبي ليلى[٣].

ومن الأصحاب من منع النقض، وقال: هي مسائل اجتهادية، والأدلة فيها متقاربة، قال القاضي الروياني: وهو الصحيح، وكذلك ذكره القاضي ابن كج في الحكم ببطلان خيار المجلس، ويوافقه ماذكرناه في باب النكاح، في الحكم بالنكاح بلا ولي[٤]، وينقض قضاء حكم بالاستحسان الفاسد.

فرع: ماينقضه من الحكم إذا كتب به إليه، فلا يخفى أنه لا يقبله، ولا ينفذه، وأما مالا ينقضه، ويرى غيره أصوب منه، فقد حكى القاضي ابن كج عن نصّ الشافعي رضي الله عنه أنه يعرض عنه ولاينفذه كما لا ينقضه، لأن التنفيذ إعانة على ماهو خطأ عنده[٥].

وقال ابن القاص: في أدب القاضي: "لا أحب أن ينفذه، كما لايبتدي الحكم بما يرى غيره أصوب منه"[٦].

---

(١) في: أ، ب، ظ "محققون".

(٢) في: ز "الرضاع بالرضاع".

(٣) ابن ابي ليلى: هو عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي، أبوعيسى، الإمام الحافظ، الفقيه تابعي. يقال: إنه ولد لست بقين من خلافة عمر رضي الله عنه كان أصحابه يعظمونه كأنه أمير.
توفي سنة (٨٢هـ) وقيل (٨٣هـ) رحمه الله. انظر: تهذيب التهذيب ٢٣٤/٦، وشذرات الذهب ٩٢/١.

(٤) انظر: الروضة ٥٠/٧، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤.

(٥) انظر: الأم ٢٠٤/٦.

(٦) انظر: ٣٧٤/٢.

وفي قوله: "لا أحب" إشعار، بأصل التجويز ويشبه أن تكون المسألة على وجهين: وقد صرح بنقلها، أبو الفرج السرخسي فقال: إذا رفع إليه حكم الحاكم إلى غيره فوجهان: أحدهما: أنه يعرض عنه. وأصحهما[١]: أنه ينفذه[٢].

وهذا ما عليه العمل، وبه قال أبوحنيفة[٣]: أنه[٤] لوحكم بنفسه، ثم تغير اجتهادة تغيراً لايقتضي النقض، وترافع خصما الحادثة إليه، فإنه يمضي حكمه الأول، وإن أدى اجتهاده إلى أن غيره أصوب منه[٥].

فرع: المقلد المستقضي للضرورة، لو حكم بمذهب غير مقلده.

قال: صاحب الكتاب في الأصول: إن قلنا: لايجوز للمقلد تقليد من شاء، بل عليه اتباع مقلده الذي هو أعلم عنده[٦] فينقض حكمه. وإن جوزنا له تقليد من شاء، فلا ينقض[٧].

[فصل: قضاء القاضي لاينفذ إلا في الظاهر]

(قال [العزالي]: ثم الحكم عند الله تعالى في الباطن لا يتغير، ولا يحل للشفعوي شفعة الجار، وإن قضى له الحنفي، ولكن القاضي لايمنعه من الطلب اعتماداً على اعتقاد نفسه).

[قال الرافعي]: حكم القاضي قسمان: أحدهما: ماليس بإنشاء، وإنما هو تنفيذ لما قامت الحجة عليه، فينفذ ظاهراً، لا باطناً، حتى لو حكم بشهادة الزور لظاهر[٨]

---

(١) انظر: الروضة ١١/١٥٢.
(٢) في: أ "فيه".
(٣) انظر: فتح القدير ٦/٣٩٦.
(٤) في ز: "ويؤيده أنه".
(٥) انظر: الأم ٦/٢٠٤، وانظر: الروضة ١١/١٥٢.
(٦) في ز : منه.
(٧) انظر: المستصفى ٢/٣٨٤.
(٨) في: أ، ب، ظ "بظاهر".

التعديل. لم يُفِدْ حكمه الحل باطناً[1] سواء كان الحكم بمال، أو نكاح، أو غيرهما، وبه قال: مالك[2]، وأحمد[3] وقال أبوحنيفة[4]: ينفذ في العقود والفسوخ ظاهراً وباطناً، حتى إذا قضى بالنكاح بشهادة الزور حل للمشهود له وطؤها، وإذا قضى بالطلاق حرم على المشهود عليه الوطأ، وساعدنا في الأملاك المطلقة أنه لاينفذ فيها إلا ظاهراً. لنا، ماروي أنه ﷺ قال: "إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، ولعل بعضكم أن يكون الحن بحجته حن بعض، فأقضى له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بشئ من حق أخيه، فلا يأخذنه، إنما أقطع له قطعةً من نارٍ"[5].

ويروى: "إِنَّمَا نَحْكُمُ بِالظَّاهِر، وَاللهُ يَتَوَلَّىٰ السرائر"[6].

---

(١) انظر: المختصر ص ٣٠٣، الحاوي ١١/٢١، والمهذب ٤٣٨/٢، والروضة ١٥٣/١١، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤.

(٢) انظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية، ومناهج الأحكام للقاضي ابن فرحون المالكي ت ٧٩٩هـ، الطبعة الأخيرة، ١٣٧٨هـ/١٩٥٨م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
بهامش فتح العلي المالك على الفتوى على مذهب الإمام مالك لأحمد عليش ت ١٢٩٩هـ، ٧٥/١.
بداية المجتهد، ونهاية المقتصد لابن رشد ت ٥٩٥هـ، ط٥، ١٤٠١هـ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ٤٦١/٢.

(٣) انظر: التنقيح المشبع في أحكام المقنع ص ٤٢٤.

(٤) انظر: فتح القدير ٣٩٨/٦ "بخلاف صاحبيه، فإنهما على وفاق الأئمة الثلاثة رحمهم الله".

(٥) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه ١١٦/٨، كتاب الأحكام باب من قضى له بحق أخيه.
وأخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي ٤/١١، كتاب الأقضية، وانظر البدر المنير ٤٣٢/٢. والتلخيص الحبير ١٩٢/٤

(٦) الحديث "إنما نحكم ..." قال عنه في البدر المنير ٤٣٢/٢ "غريب، قال الحافظ جمال الدين المزي: لانعرفه" أهـ.
وقال الحافظ ابن حجر ١٩٢/٤ "هذا الحديث استنكره المزني، فيما حكاه ابن كثير في أدلة التنبيه، وقال النسائي في سننه: باب الحكم بالظاهر، ثم أورد حديث أم سلمة الذي قبله، وقد ثبت في تخريج أحاديث المنهاج للبيضاوي سبب وقوع الوهم من الفقهاء في جعلهم هذا حديثاً مرفوعاً، وأن الشافعي قال في كلام له: وقد أمر الله نبيه أن يحكم بالظاهر، والله يتولى السرائر.
وكذا قال ابن عبد البر في التمهيد: أجمعوا أن أحكام الدنيا على الظاهر، وأن أمر السرائر إلى الله، وأغرب إسماعيل بن علي بن إبراهيم بن أبي القاسم الجنزوي في كتابه إدارة الأحكام،
=

وأيضاً فإنه قضاء بشهادة زور، فلا يفيد الحل، كالأملاك المطلقة، وإذا كان المحكوم به نكاحاً، لم يحل للمحكوم له الوطأ، وعليها الامتناع والهرب ما أمكنها، فإن أكرهت فلا إثم عليها. وعن الشيخ أبي حامد: أن المحكوم له زانٍ إذا وطيء محدودٌ[١] ، ولم يأخذ به صاحب "الشامل"، والقاضي "الروياني"، لأن أبا حنيفة يجعلها منكوحة[٢] بحكم القاضي فيكون وطؤه وطأً في نكاح مختلف في صحته، وهو شبهة دارية للحد[٣]، ولو كان المحكوم به الطلاق، حَلَّ للمحكوم عليه وطؤها إن ظفر بها، لكنه يكره، لأنه يعرض نفسه للتهمة والحدِّ، ويبقى التوارث بينهما، ولا تبقى النفقة للحيلولة.

وإذا تزوجت بآخر فالحل مستمر للمحكوم عليه، نعم لو وطئها الثاني: جاهلاً بالحال، فهو وطأ شبهة، فتحرم في مدة العدة على الأول، وإن كان الثاني عالماً، أو نكحها أحد الشاهدين فقد قيل: إن وطأه، لا يحرمها على الأول، ويوجب الحد عليه. والأشبه ماذكره الروياني.

وهو أنه يجعل وطأ شبهة لما سبق، قال: وقد سمعته من بعض شيوخنا في النظر، ولم أره في كتب المذهب[٤].

والقسم الثاني: الإنشاءات/ كالتفريق بين المتلاعنين. وفسخ النكاح بالعيب، (٤٦٤/ز)
والتسليط على الأخذ بالشفعة، وما أشبهها فإن ترتب على أصل كاذب، فالحكم كما في القسم الأول.

= فقال: إن هذا الحديث ورد في قصة الكندي، والحضرمي، اللذين اختصما في الأرض، فقال المقضي عليه: قضيت عليَّ، والحق لي، فقال ﷺ : إنما أقضي بالظاهر والله يتولى السرائر.
وفي الباب حديث عمر: "إنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم"، أخرجه البخاري، وحديث أبي سعيد رفعه: إني لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس، وهو في الصحيح في قصة الذهب الذي بعث به علي وحديث أم سلمة الذي قبله، وحديث ابن عباس الذي بعده.

(١) أي زان ويحد بسبب الوطأ المحرم.
(٢) في ز : "له".
(٣) انظر: فتح القدير ٣٩٨/٦.
(٤) انظر ذلك في: الروضة ١٥٣/١١، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤.

ومثاله[١]: الفسخ بعيب قامت عليه شهادة زور. وإن ترتبت على أصل صادق[٢] فما[٣] لم يكن في محل اختلاف المجتهدين، فهو نافذ ظاهراً، وباطناً، وما كان مختلفاً فيه، فينفذ ظاهراً.

وفي الباطن وجهان: أحدهما: المنع، وبه قال الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايني لتعارض الأدلة، وتقابل النظر.

والثاني: أنه ينفذ لتتفق الكلمة، ويتم الانتفاع، وإلا فإذا حكم الحنفي للشافعي بما لايعتقده الشافعي، لم يتهيأ للشافعي[٤] الأخذ، وإذا حكم الشافعي على الحنفي بما لايعتقده[٥] سرقة الحنفي إذا وجد فرصة. وقد أشير إلى بناء هذا الخلاف، على أن كل مجتهد مصيب، أو الصواب في واحد. إن قلنا: بالأول نفذ ظاهراً وباطناً، وإن قلنا: بالثاني: لم ينفذ باطناً.

وفي "التهذيب"[٦] وجه ثالث: فارقٌ بين من يعتقد حكمه من الخصمين فينفذ في حقه باطناً أيضاً، ومن لايعتقد فلا ينفذ.

وهذا يشبه الخلاف في أنه إذا اقتدى الحنفي بالشافعي[٧] يعتبر اعتقاد الإمام أم اعتقاد المأموم؟ وإذا منعنا النفاذ باطناً، إما مطلقاً، أو في حق من لايعتقده فلا يحل للشافعي الأخذ إذا حكم له الحنفي بشفعة الجوار، أو بالتوريث[٨] بالرحم، وهذا ما أورده في الكتاب، والأصح عند جماعة منهم صاحب "التهذيب"[٩]، والشيخ أبوعاصم العبادي: أنه ينفذ باطناً في حق من يعتقده، وفي حق من لايعتقده[١٠].

---

(١) في: ز "ومنها".

(٢) في: ز "كاذب".

(٣) في: ظ "مما".

(٤) في: ز "الشافعي".

(٥) "بما لايعتقده سرقة الحنفي إذا وجد فرصة" هكذا في نسخة ز. وفي أ، ب، ظ "بما يعتقده".

(٦) ٢٢٢/٨.

(٧) في: ب، ظ "بالشفعوي".

(٨) في: ز "بالتوارث".

(٩) التهذيب ٢٢٢/٨.

(١٠) أي النفوذ مطلقاً، لتتفق الكلمة، ويتم الانتفاع.
انظر: الروضة ١٥٣/١١، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤.

وإذا قيل بما في الكتاب فيمنعه القاضي ظاهراً، لاعتقاده، أو لا يمنعه لاعتقاد نفسه[١]؟

حكى في "الوسيط"[٢] فيه تردداً، والصحيح أنه لايمنع، ومن منعه فقد قال: لاينفذ القضاء في حقه لا ظاهراً ولا باطناً.

وقوله: في الكتاب: "ثم الحكم عند الله تعالى في الباطن لا يتغير" مرتباً على الكلام في الحكم الذي ينقض، والذي لاينقض، أشار به[٣] إلى أنه وإن لم ينقض في الظاهر، فإنه لايُحِلُّ الحكم في الباطن. وليعلم قوله: "ولايحل للشافعي"[٤]، شفعة الجار بالواو. وكذا قوله: "ولكن القاضي لايمنعه من الطلب، لما قد تبين".

فرع: قال في "التهذيب"[٥]: هل تقبل شهادة الشاهد على ما يعتقده، كالشافعي يشهد بشفعة الجوار؟ فيه وجهان: أحدهما: لا ، كما لايقضي القاضي بخلاف مايعتقده.

والثاني: نعم[٦]، لأنه مجتهد فيه، والاجتهاد إلى القاضي لا إلى الشاهد[٧].

فرع: لو تقدم إلى القاضي خصمان. وقالا: كان بيننا خصومةٌ في كذا، ففصلها القاضي الذي كان بيننا، وحكم بكذا، ولكنا نريد أن نستأنف الحكم بيننا باجتهادك، فنرضى بحكمك، فهل يجيبهما إليه، أو يتعين إمضاء الحكم الأول، ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد؟

حكى القاضي ابن كج فيه وجهين: أشبههما الثاني[٨].

---

(١) وهما وجهان: ذكرهما النووي. انظر: الروضة ١١/١٥٤.
(٢) انظر: ٧/٣٠٧.
(٣) في: أ، ب، ظ "إشادة".
(٤) في: أ، ب، ظ "للشفعوي".
(٥) انظر: التهذيب ٨/٢٢٣.
(٦) قال النووي: "الأصح المقبول" الروضة ١١/١٥٤.
(٧) "إلى القاضي لا" ليست في : أ، ب، ظ.
(٨) انظر: الروضة ١١/١٥٤.

هذا تمام الكلام في الآداب العشرة التي أودعها هذا الفصل، وهي محبوبة إلا العاشر، فإنه محتومٌ[١]، وكذا التاسع على الأصح. ووراءها آداب، وأعمال آخر.

منها: ما أورده في الفصل الثالث، والرابع، من الباب[٢]، ومنها:

إذا وُلِّيَ القاضي، فالمستحب أن يدعوا أصدقاءه الأمناء، ويلتمس منهم أن يطلعوه على عيوبه ليسعى في إزالتها، ويستحب أن يكون راكباً في سيره إلى مجلس حكمه وأن يسلم على الناس في طريقه، وعلى القوم إذا دخل وأن يدعو إذا جلس، ويسأل الله التوفيق والتسديد، وأن يقوم على رأسه أمين ينادي، هل من خصم؟ ويرتب الناس، يقدم الأول، فالأول، وعن أبي بكر بن المنذر[٣]. أن الأولى أن يكون حصيناً[٤] لمكان النساء، ويجوز أن يعين للقضاء يوماً أو يومين على حسب حاجة الناس، ودعاويهم، وأن يعين وقتاً من النهار، ثم إذا حضر خصمان في غير الوقت المعين، سمع كلامهما إلا أن يكون في صلاة، أو حمام، أو على طعام، فيؤخر قدر مايفرغ منه، وينبغي أن تكون للقاضي درة، يؤدب بها عند الحاجة، كما كانت لعمر رضي الله عنه. وأن يتخذ سجناً للحاجة إليه في التعزير، واستيفاء الحق من المماطلين، وقد روى أن عمر رضي الله عنه: اشترى داراً بمكة بأربعة آلاف درهم، وجعلها سجناً"[٥] أهـ.

---

(١) في: أ "محترم"

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٤٢، الثالث في التسوية، والرابع في التزكية.

(٣) هو: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبوبكر، المجمع على إمامته، وجلالته، ووفور علمه وجمعه بين فنون شتى، أحد ،أئمة الإسلام وله مصنفات عديدة منها "الأوسط" و "والإجماع" و"الاشراف" وغيرها. توفي عام ٩ أو ٣١٠هـ رحمه الله.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٩٦.

(٤) في: ظ "حصيّاً" والحصانة: أي العفة، و"أحصن الرجل بالألف تزوج..." المصباح ١/١٣٩.

(٥) قال ابن حجر في التلخيص ٤/١٩٦ "اخرجه البيهقي من حديث نافع بن عبد الحارث انه اشترى من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب بأربعة آلاف، وعلقه البخاري".

[فصل: وفيه فروع]

[قال الرافعي] وهذه[(١)] فروع: تتعلق بالحبس. قال: أبوالعباس بن القاص[(٢)]. إذا استشعر القاضي من المديون بعدما حبسه الفرار من حبسه، فله نقله إلى حبس الجرائم، ولو دعا المحبوس، أمته أو زوجته إلى فراشه؛ لم يمنع إن كان في الحبس موضع خال، فإن امتنعت، أجبرت الأَمَةَ، ولا تجبر الزوجة الحرة، لأنه لايصلح للسكنى، إنما هو حبس، ولا حبس عليها، والزوجة الأمة، تجبر إن رضي سيدها.

وكان يجوز أن يقال: الحبس زجر، وتأديب. فإن اقتضى الحال، أن تمنع منه زوجته، أو أمته، فعل. ولو أراد مستحق الدين: أن يلازمه بدلاً عن الحبس مُكِّن.

فإن الملازمة أخف، إلا أن يقول للقاضي: إنه تشق عليّ الطهارة والصلاة، بسبب ملازمته، فأمنعه من الملازمة واحبسني فيرده إلى الحبس قاله: أبوالعباس.

وقد مرّ الخلاف في أن الأب، هل يحبس بدين ولده[(٣)]

وقياس حبسه أن يحبس المريض والمخدرة، وابن السبيل، منعاً لهم من الظلم، والحكاية عن أبي عاصم العبادي أن هؤلاء[(٤)] لايحبسون، ولكن يوكل بهم ليعجلوا[(٥)] أو يؤدوا.

قال: ولايحبس الأب، في حق الصغير، ولا القيِّم، ولا الوكيل في دين لم يجب بمعاملتهم، ويحبس الأمناء في دين وجب بمعاملتهم، ولا يحبس الصبي، والمجنون، ولا المكاتب بالنجوم، ولا يحبس العبد الجاني ولا سيده ليؤدي، أو يبيع بل يباع عليه إذا وجد راغب، وامتنع. ونقل القاضي أبوسعد الهروي: وجهين في حبس كل غريم قدرنا على ماله، وتمكنا من بيعه، وأجرة السجان على المحبوس، وأجرة الموكل على من وكل به إذا لم يكن في بيت المال مال، أو انصرف إلى جهة أهمّ من هذه.

---

(١) في: ظ "فهذه".

(٢) انظر: أدب القاضي ٤٢٢/٢ و ٤٢٣.

(٣) انظر: الوجيز ١٧٢/١، حيث قال: "والصحيح أنه يحبس في دين ولده". وانظر: الروضة ١٣٩/٤. حيث قال "في حبس الوالدين بدين الولد، وجهان. أصحهما عند الغزالي: يحبس. وفي التهذيب وغيره: لا يحبس".

(٤) "هؤلاء" ليست في: أ.

(٥) في: ز "ليعجلوا".

[الفصل الثاني: في مستند قضاء القاضي]

(قال [الغزالي]: الفصل الثاني: في مستند قضائه، وإنما يقضي بالحجة، ولا يقضي بعلمه، على أصح القولين، ولكن[1] إن علم فسق الشاهد، أو كذبه توقف عن القضاء، ويغنيه علمه بعدالة الشهود عن المزكين، ويقضي على من أقرّ في مجلس القضاء، دون من أقر عنده سراً، ولايكفي شاهد واحد مع علمه على أحد[2] الوجهين).

قال الرافعي: مقصود هذا الفصل: الكلام في أن القاضي بِمَ يقضي، وإلى ما يستند قضاؤه؟ أما أنه يقضي بالحجة فواضح، ولو لم تقم حجة عنده، إلا أنه علم صدق المدعي، فهل يقضي بعلمه؟ فيه قولان: أحدهما: لا[3]، وبه قال مالك[4] وأحمد[5] رحمهما الله لما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال: في قصة الملاعنة: "لَوْ كُنْتُ رَاجِماً مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ لرَجَمْتُهَا"[6]، ولأن فيه تهمة والتهمة تمنع القضاء، ولذلك لايقضي لولده ووالده.

---

(١) في: أ "لكن".

(٢) في: أ "في أحد".

(٣) واستدل من منع القاضي أن يقضي بعلمه بقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فجلدوهم ثمانين جلدة﴾ سورة النور آية ٤. فقالوا: "فلو جاز له الحكم بعلمه لقرنه بالشهادة ... الخ" والأدلة على ذلك من السنة والعقل متوفرة. يراجع الحاوي ٣٩٥/٢٠، والمغني ٣٢/١٤، وسبل السلام ١٢٢/٤، ونيل الأوطار ١٩٦/٩ - ١٩٧.

(٤) انظر: بداية المجتهد ٤٧٠/٢.

(٥) انظر: التنقيح المشبع ص ٤١٤.

(٦) الحديث أخرجه: مسلم في صحيحه بشرح النووي ١٣٠/١٠، كتاب اللعان، بلفظ "لو رجمت أحداً بغير بينة رجمت هذه"
وانظر: تلخيص الحبير ١٩٢/٤.
وهذه ليست الملاعنة التي نزل فيها القرآن. قال النووي: "وفسرها ابن عباس بأنها امرأة كانت تظهر السوء، وفي رواية أنها امرأة أعلنت. معنى الحديث أنه اشتهر وشاع عنها الفاحشة ولكن لم يثبت بالبينة ولا اعتراف. ففيه أنه لايقام الحد بمجرد الشياع والقرائن بل لابد من بينة أو اعتراف" صحيح مسلم ١٣٠/١٠.

والثاني: نعم، وبه قال: المزني[١]، لأنه يقضي بشهادة الشاهدين. والحاصل بمجرد ظن[٢]، فلأن يقضي باليقين، كان أولى.

وقد قال الشافعي رضي الله عنه في كتاب "الرسالة": "أقضي بعلمي وهو أقوى من شاهدين"[٣]، ورجح في الكتاب القول الأول[٤]، واختاره القاضي الروياني لفساد القضاة، وحكاه عن ابن سريج.

لكن الثاني أصح عند عامة الأصحاب[٥].

وأجابوا عن معنى التهمة بأن القاضي، لو قال: ثبت عندي، وصح[٦] لدي كذا، لزم قبوله، ولم يبحث عما صح، وثبت به، والتهمة قائمة. ويجوز أن يعلم لفظ القولين في الكتاب، بالواو، لأن من الأصحاب من حكى طريقة قاطعة بالقول الثاني. بناء على ما نقل عن الربيع أن الذي كان يذهب[٧] إليه الشافعي رضي الله عنه: أن القاضي يقضي بعلمه لكنه[٨] ماكان يبوح به مخافة القضاة السوء[٩] ولا فرق على القولين بين ماعلمه في زمان ولايته، ومكان ولايته، وما علمه في غيرهما. وعند أبي حنيفة[١٠] رحمه الله. يقضي بما علمه في زمان ولايته[١١]. ومكان[١٢] ولايته، بشرط بقائه مولى

---

(١) انظر: المختصر ص ٣٠٢.

(٢) الوجيز ٢/٢٤١.

(٣) في: أ، ب، ظ "صح عندي، وثبت لدي...". وانظر الرسالة ص ٦٠٠ مسألة ١٨٢١، والمختصر ٣٠٢.

(٤) الوجيز ٢/٢٤١.

(٥) وهو المذهب. انظر: الحاوي ٢٠/٣٩٤و ٣٩٧، والمهذب ٢/٤٨٧، الروضة ١١/١٥٦، ومغني المحتاج ٤/٣٩٨.

(٦) في: ز "صح عندي، وثبت لدي".

(٧) "كان يذهب إليه" ليس في: أ.

(٨) "لكنه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) انظر: الحاوي ٢٠/٣٩٤، والروضة ١١/١٥٦.

(١٠) انظر: فتح القدير ٦/٣٩٠، وحاشية ابن عابدين ٥/٤٣٨ و ٤٣٩ وعند أبي حنيفة "ماكان من حقوق الله تعالى، لايحكم فيه بعلمه".
وأما حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته، لم يحكم به، وما علمه في ولايته حكم به ... والمختار عند المتأخرين. هو عدم حكمه بعلمه مطلقاً" انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٤٣٩.

(١١) من قوله "وما علمه في غيرهما ... ومكان ولايته" ليست في: ب، ظ.

(١٢) في: ز "وما علمه في غيرهما، وعند أبي حنيفة ومكان ولايته" لعله مكرر.

من يوم العلم، إلى يوم القضاء[1]، ولا يقضي بما علم على غير هذا الوجه".

فإن قلنا: لايقضي بعلمه، فذلك فيما إذا كان مستند القضاء مجرد علمه بالمحكوم به، أما إذا شهد عنده شاهدان تعرف عدالتهما، فله أن يقضي، ويغنيه علمه بعدالتهما، عن مراجعة المزكين.

وفيه وجه آخر نفياً[2] للتهمة، ولو أقر بالمدعىٰ في مجلس قضائه، قضى بعلمه، وذلك قضاءٌ بإقراره، لايعلم القاضي، وإن أقر عنده سراً، فعلى القولين في القضاء بالعلم، ومنهم من خصص القولين، بما إذا علم المحكوم به[3] بنفسه وقال: هاهنا يحكم، بالإقرار المعلوم، لا بمجرد العلم بالمحكوم به. ولو شهد عنده شاهد واحد، فهل يغنيه علمه عن الشاهد الثاني؟ فيه وجهان:

أظهرهما[4]: لا، لأن الحجة لم تتم.

والثاني: ويحكي عن مالك[5] نعم. لانكسار سورة التهمة. وأما إذا قلنا: إنه يقضي بعلمه، فذلك في الأموال، وأما في القصاص، وحدِّ القذف، فقولان[6]: وجه المنع، أن العقوبات يُسعىٰ في دفعها، ولا يُوَسَّعَ بابها، والأظهر الجواز، اعتماداً على حصول العلم، وبهذا أجاب في "العدة" تفريعاً على هذا القول. وإذا منعنا القضاء بالعلم، في القصاص، وحدِّ القذف، ففي حدود الله تعالى، أولى أن يمنع، وإن جوزناه ففيها، قولان. والأصح[7]، المنع، وبه قال: أبوحنيفة[8] لأن الحاكم، مأمور بالستر[9]، وقد رُوِيَ عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: "لَوْ رَأَيْتُ رَجُلاً عَلىٰ حَدٍّ، لَمْ أَحُدَّهُ

(١) "القضاء" ليست في: أ.
(٢) في: ب، ظ "القيام" أي لايغنيه علمه بعدالتهما.
(٣) "به" ليست في: أ، ب، ظ.
(٤) انظر: المهذب ٣٨٨/٢، الروضة ١٥٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٨/٤.
(٥) انظر: مختصر خليل ص ٢٥٩.
(٦) في: ب "لأن".
(٧) في: ز "أصحهما" وانظر: الروضة ١٥٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٨/٤.
(٨) انظر: فتح القدير ٣٩٠/٦، وحاشية ابن عابدين ٤٣٩/٥.
(٩) في: أ، ب "التستر".

حَتَىٰ يَشْهَدَ عِنْدِي بِذَلِكَ شَاهِدَان"[١]، ويجوز أن يترك الترتيب، والتفريع، ويقال: في القضاء بالعلم ثلاثة أقوال: يجوز مطلقاً، لايجوز مطلقاً، يجوز في الأموال، دون العقوبات.

أو أربعة أقوال: يجوز، لايجوز، يجوز في الأموال لاغير، يجوز فيما سوى الحدود لاغير.

ولا خلاف في أن القاضي لايقضي بخلاف علمه[٢]. بل إذا علم، أن المدعي أبرأه عما يدعيه، ويقيم الشهود عليه وأن المدعي قبله حي، أو رآه قبله غير المدعَىٰ عليه، أو سمع مدعي الرِّقّ قد أعتق، ومدعي النكاح، قد طلق ثلاثاً، وتحقق كذب الشهود، فإنه يمتنع عن[٣] القضاء. وكذا إذا علم أن الشهود فسقة. وهذا ما أراد في الكتاب بقوله: "لكن إن علم فسق الشاهد، أو كذبه، توقف[٤] عن القضاء". وليعلم قوله: "ويغنيه علمه بعدالة الشهود". وقوله: "دون من أقر عنده سراً" بالواو، لما تقدم.

واعلم أن الأئمة - رضي الله عنهم - مثلوا القضاء بالعلم الذي هو محل القولين، بما إذا ادعىٰ عليه مالاً، وقد رآه القاضي أقرضه ذلك، أو سمع المدعى عليه، أقر بذلك، ومعلوم أن رؤية الإقراض، أو سماع الإقرار، لايفيد اليقين بثبوت المحكوم به وقت القضاء، فيدل على أنه ليس[٥] المراد من العلم اليقين، بل الظن المؤكد. والله أعلم.

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٩٧/٤ "... أحمد بسند صحيح إلا أن فيه انقطاعاً: لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله ما أخذته، ولا دعوت له أحداً حتى يكون معين غيري.
وأخرجه البيهقي من وجه آخر منقطعاً. قلت: وفي البخاري تعليقاً، قال عمر لعبد الرحمن بن عوف: لو رأيت رجلاً على حد؟ قال: أرى شهادتك شهادة رجل من المسلمين، قال: أصبت، ووصله البيهقي". وانظر: البدر المنير ٤٣٦/٢.

(٢) انظر: الروضة ١٥٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٨/٤.

(٣) "عن" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: ز "يتوقف".

(٥) في: أ "أن المراد من العلم ليس اليقين...".
وفي: ب، ظ "أن المراد بالعلم اليقين ... وهو خطأ.

(قال [الغزالي]: وأما الخط، فلا يعتمدُهُ[1] الشاهد، ولا القاضي، إذا لم يتذكر، لإمكان التزوير عليه[2]، ولو[3] كان الخط محفوظاً عنده،وأمن التحريف، فهذا تسليط على رواية الحديث، وهل يسلط على الحكم، والشهادة؟ المشهور أنه لايسلط.

وفيه وجه: وليس للمحدث الرواية مع احتمال التحريف، والغلط، وله أن يحلف اعتماداً على خط أبيه، إذا غلب على ظنه).

[فصل: إذا رأى القاضي حجة فيها ذكر حكمه]

قال الرافعي: إذا رأى القاضي حجة فيها ذكر حكمه لإنسان،وطلب ذلك الإنسان منه إمضاءه، والعمل به، نظر: إن تذكره القاضي أمضاه، وعمل به، كما لو طلب منه العمل في الإبتداء[4] / وفي "أمالي" أبي الفرج الزاز "طريقةٌ أخرى: إن أمضاه (٤٦٦/ز)
على القولين،في أن القاضي هل يقضي بعلمه؟ وإن لم يتذكره، لم يعتمد، لإمكان التزوير[5]، ومشابهة الخط[6]، وكذا الشاهد، لا يشهد بمضمون خطه إذا لم يتذكر، هذا إذا لم يكن الكتاب محفوظاً عنده، فإن كان. وبَعُدَ احتمال التزوير، والتحريف، كالمحاضر، والسجلات التي يَحْتاطُ فيها القاضي على ماسبق، فالمشهور، والمنصوص[7] أنه لا يمضي أيضاً، ما لم يتذكر، لإمكان التحريف، وإن بَعُدَ، وكذا الشاهد في مثل هذه الحالة، لايشهد، وعن الشيخ أبي محمد وغيره وجه: أنه يجوز الاعتماد عليه إذا وثق به، ولم تتداخلْهُ ريبة، وهو رواية عن أحمد[8] رحمه الله.

وإذا قلنا: بالأول ففي رواية الحديث اعتماداً على الخط المحفوظ عنده، وجهان:

---

(١) في: أ "يعتمد".
(٢) "عليه" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) في: أ "وإن".
(٤) وهو المذهب. وبه قطع الجمهور. انظر: الروضة ١١/١٥٧، ومغني المحتاج ٤/٣٩٩.
(٥) انظر: هامش العزيز ١٢/٤٨٩.
(٦) في: أ، ب، ظ فقط.
(٧) انظر: الروضة ١١/١٥٧، ومغني المحتاج ٤/٣٩٩.
(٨) انظر: المقنع ص ٢٢٩.

أحدهما: المنع إلى أن يتذكر، كما في الشهادة، ولا يكفيه [رواية][1] السماع إعتماداً على حفظه، أو حفظ ثقة، حكى هذا الوجه الصيدلاني والشيخ أبوإسحاق الشيرازي[2]، وأفتى به القاضي الحسين.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب[3] الجواز، لعمل العلماء سلفاً وخلفاً[4]، وقد يتساهل في الرواية بما لايتساهل به في الشهادة، ألا ترى أن الفرع[5] يروي مع حضور الأصل، ولا يشهد أنه لو قال: حدثني فلان عن فلان، أنه يروي كذا، تقبل. ولو قال: حدثني فلان عن فلان أنه يشهد بكذا، لا تقبل، وإذا كتب إليه شيخ بالإجازة، وعرف خطه، جاز له، تفريعاً على اعتماد الخط، أن يروي عنه فيقول: أخبرني فلان في كتابه، أو كتب إليَّ، وهذا على تجويز الرواية بالإجازة، وهو الصحيح[6]. ويروى عن أبي حنيفة[7]، ومالك[8] وأفتى القاضي الحسين بمنعها[9]، كما لو قال: أذنت لك في أن تشهد على شهادتي في كل موضع عَرَفْتَ شهادتي. ولو رأى بخط معروف: سَمعتُ من فلان، كذا، لم تجز الرواية عنه، وإن اعتمدنا الخط، لأنه وإن سمعه، يقول هذا خطي، لاتجوز الرواية إذ الإنسان قد يسمع، ويكتب، مالايرويه. نعم يجوز أن يقول: رأيت بخط فلان، إني سمعت كذا، هذا حكم القضاء والشهادة والرواية، بناء على الخط.

---

(١) الذي أثبتناه من الروضة ١١/١٥٧ حتى يستقيم المعنى والذي في جميع النسخ "رؤية".

(٢) انظر: المهذب ٢/٣٨٧.

(٣) انظر: الوجيز ٢/٢٤١، وانظر: الروضة ١١/١٥٧، ومغني المحتاج ٤/٣٩٩.

(٤) في: ز "خلفايه".

(٥) في: ز "الفروع".

(٦) وعليه المذهب. انظر: الروضة ١١/١٥٧، نهاية المحتاج ٨/٢٤٨.

(٧) انظر: الهداية ٣/١٣٠.

(٨) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٣.

(٩) انظر: النووي في الروضة ١١/١٥٧ حيث قال: "وقد منعها أيضاً "الماوردي" في "الحاوي" ونقل هو منعها عن الفقهاء، وهو أحد قولي الشافعي ولكن أظهر قوليه والمشهور من مذاهب السلف والخلف، والذي عليه العمل صحة الإجازه، وجواز الرواية بها، ووجوب العمل بها ... الخ".

أما[١] اليمين، فقد[٢] قال الأصحاب:

يجوز له أن يحلف على استحقاق الحق، وأداء الحق، اعتماداً على خط أبيه[٣]، إذا وثق بخطه، وأمانته. وضبط القفال وثوقه: بأن يكون بحيث لو وجد في تلك التذكرة: أن لفلان عليّ كذا، لا يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به، بل يؤديه من التركة، وفرقوا بينه، وبين القضاء والشهادة، بأن القضاء والشهادة بناء على الخط ينجر إلى خطر عظيم، وفي اليمين، لا يلزم ضرر عام، ولأن القضاء، والشهادة تتعلق به، ويمكن في التذكر، والرجوع إلى اليقين، وخط المورث، لا يتوقع فيه اليقين، فجاز بناء الأمر على غلبة الظن، حتى لو وجد بخط نفسه: أنّ له على فلان كذا، أو أنه أدّى دَيْنَ فلان، لم يجز له الحلف، حتّى يتذكر، قاله في "الشامل".

لو

فرع: قال: الصّيمري: أولى الأمور بالشاهد الاستعانة بالأسباب المعينة على التذكر، عند الأداء، وذلك بأن يثبت حلية المقر إذا لم يعرفه، بعد ذكر الشهادة، ويقرب من ذلك ذكر التاريخ، وموضع تحمل الشهادة، ومن كان معه حين تحمله[٤]، وما أشبه ذلك. وحكى أبو محمد الحداد من الأصحاب: أن بعض علمائنا ممن ولي قضاء البصرة، كان يكتب أن الذي شهدت عليه يشبه فلاناً، يُعيّن[٥] رجلاً، قد قبله علماً، ويستعين بذلك على التذكر، وهذا أبلغ من إثبات الحلية.

[شهد عند القاضي شاهدان بقضائه ولم يتذكر، أو ادعى عليه أنه قضى له فأنكر]

(قال [العزالي]: لو شهد عند القاضي شاهدان بقضائه[٦]، ولم يتذكر لم يقض به، والمحدِّث يحدث عمن أخبره بحديثه، فيقول: حدثني فلان عني، ولقاض آخر أن يقضي بالشاهدين على قضائه، إن لم يكذّبهما[٧].

---

(١) في: أ " ما ".

(٢) في: ز "فيه".

(٣) انظر هامش العزيز ٤٩١/١٢.

(٤) في: أ، ب، ظ "تحمل".

(٥) في: ز "يعنى".

(٦) في: أ، ب، ظ "على قضائه".

(٧) في: أ "فإن كذبهما، فلا يقضي، كما إذا كذب شاهد الأصل الفرع".

ومن ادّعىٰ عليه أنه قضى له، فأنكر لم يكن له التّحليف، كما لا يحلّف الشاهد).

[قال الرافعي]: فيه مسألتان: إحداهما: لو شهد عنده شاهدان: أنك حكمت لفلان بكذا[١]، وهو لايتذكره[٢] لم تقبل شهادتهما، و لم يحكم بقولهما، إلا أن يشهدا على الحق بعد إعادة الدعوى، وقال: أحمد[٣] رحمه الله: لا تقبل شهادتهما ويمضي حكمه، وعن ابن القاص: "تخريج قول مثله للشافعي رضي الله عنه". ووجه ظاهر المذهب: أن حكمه فعله، والرجوع إلى اليقين هو الأصل في فعل الإنسان، ولذلك يأخذ عند الشك في عدد الركات باليقين[٤].

ولو شهد شاهدان: أنك تحملت الشهادة، في واقعة كذا، و لم يتذكر، لم يجز له أن يشهد، ويخالف مانحن فيه، رواية الحديث، فإن الراوي إذا نسي[٥] يجوز له أن يقبل ممن سمعه منه، كما اشتهر أن سهيل بن[٦] أبي صالح[٧] رضي الله عنه كان[٨] يروي حديث "القضاء بالشاهد، واليمين" عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه وسمعه من ربيعة[٩] رضي الله عنه، ثم إنه اختل حفظه لشجة أصابته، وكان يقول: أخبرني ربيعة، أني أخبرته عن أبي هريرة، والفرق ماسبق: أن الرواية مبنية على المساحة، ولذلك لم يشترط فيها العدد.

---

(١) في: ز "كذا".

(٢) في: أ "يذكره".

(٣) انظر: المقنع ص ٣٤٥.

(٤) انظر: الروضة ١١/١٥٩، ومغني المحتاج ٤/٣٩٩.

(٥) في: ز "نسي الحديث".

(٦) هو: سهيل بن أبي صالح ذكوان السّمّان، أبويزيد المدني صدوق من السادسة، توفي في خلافة المنصور. انظر: التقريب ١/٣٣٨.

(٧) هو: أبوصالح ذكوان السمان المدني، ثقة، ثبت وكان يجلب الزيت إلى الكوفة، توفي سنة ١٨هـ. انظر: التقريب ١/٢٣٨.

(٨) "كان" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) هو: ربيعة بن أبي عبد الرحمن التميمي، مولاهم أبوعثمان المدني، المعروف بربيعة الرأي ثقة، فقيه مشهور، توفي سنة ١٣٦هـ. انظر: التقريب ١/٢٤٧.

وقبلت من العبد والمرأة، بخلاف الشهادة، على أن القاضي ابن كج حكى وجهاً عن بعض الأصحاب: أن الحكم في الرواية كما ذكرنا في القضاء. وإذا لم يتذكر القاضي فحقه أن يتوقف، ولا يقول: لم أحكم، وهل للمدعِي، والحالة هذه تحليف الخصم على أنه لايعرف حكم القاضي؟ قال صاحب "التهذيب": يحتمل وجهين[1].

ولو شهد الشاهدان على حكمه عند قاض آخر، فتقبل شهادتهما، ويمضي حكم الأول إلا إذا قامت البينة على أن الأول، أنكر حكمه، وكذبهما، وإن قامت البينة على أنه توقف، فوجهان: أوفقهما كلام الأكثرين، أنه يقبل شهادتهما، والمذكور في "المهذب"[2]

ويُحكَى عن الأودني[3]: أنه لا يقبل، لأن توقفه،/ يورث التهمة ، وعلى هذا، فلو شهد شاهدان على أن شاهدي الأصل توقفا في الشهادة، لم يجز الحكم بشهادة الفروع. (٤٦٧/ز)

الثانية: إذا ادعى على القاضي: أنك حكمت لي بكذا.

حكى الإمام في "النهاية" عن الأصحاب: أنه ليس له أن يرفعه إلى قاض آخر، ويحلفه، كالشاهد إذا أنكر الشهادة لايحلف.

وعن القاضي الحسين: أنا إن جعلنا اليمين المردودة، كالإقرار، فله أن يحلفه ليحلف إن نكل، فيكون كقول القاضي، نعم حكمت، هذا إذا ادَّعَى عليه، وهو قاضٍ.

---

(١) انظر: هامش العزيز ٤٩٢/١٢ فقد قال: "وسكت المصنف عن ترجيح أحد الاحتمالين.
قال في الخادم: إن البغوي بناهما في التعليق على الخلاف في اليمين المردودة إن قلنا: كالبينة فلا يحلف أو كالإقرار فيحلف لأن المدعي عليه يقول لكن الراجح المنع فإن القاضي الحسين، والشيخ إبراهيم المروذي نقلا منع الحلف عن الأصحاب".

(٢) انظر: ٣٨٧/٢.

(٣) الأودني: "هو محمد بن عبد الله بن يصير، الإمام أبوبكر الأودني كان شيخ الشافعية بما وراء النهر، ومن كبار أصحاب الوجوه، كان زاهداً فقيها، متواضعاً، توفي سنة خمس وثمانين وثلاثمائة.
انظر: ترجمته في: تهذيب الأسماء واللغات ١٩١/٢، شذرات الذهب ١١٨/٣، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٦٥/١.

أما إذا[١] ادعى بعد عزله، أو في غير محل ولايته، وقد رفعه إلى قاض[٢] هناك، فقد حكى الإمام أنه يجوز سماع البينة، ولا يقبل إقراره، ولا يحلف إن جعلنا اليمين المردودة كالإقرار، وإن جعلناها: كالبينة، فيحلف ولك أن تقول: قبول قول المولى حكمت بكذا، وعدم القبول، من المعزول، واضح مقرر من قبل، لكن سماع الدعوى عليه معزولاً، كان أو غير معزول، فإنه حكمٌ ليس على قواعد الدعاوي الملزمة، وإنما المقصود منها، التدرج إلى إلزام الخصم، فإن كانت[٣] له بينة، فليقمها في وجه الخصم، وما ينبغي أن تسمع على القاضي بينة، ولا أن يطالب بيمين، كما إذا ادّعى على إنسان، أنك شاهدي. والله أعلم.

---

(١) في: أ ، ب "فإن ادعى".

(٢) في: ز "قاض آخر".

(٣) في: ز "كان".

[الفصل الثالث: في التسوية]

(قال [العزالي] الفصل الثالث: في التسوية وليسوِّ[١] بين الخصمين في القيام، والنظر، وجواب السلام وأنواع الإكرام، وله أن يرفع المسلم على الذمي في المجلس، على[٢] أحد الوجهين، ثم يقول[٣]: من المدعي منكما، فإذا ادَّعى، طالب الثاني بالجواب، فإن أقر ثبت الحق من غير قوله، قضيت على الأصحَ بخلاف البينة، وإن أنكر، قال: للمدعي، ألك بينة؟ فإن قال: لا بينة لي، ثم جاء ببينته، سمعت[٤] على أظهر الوجهين، فلعله[٥] تذكر).

[قال الرافعي: فيه مسألتان: إحداهما[٦]: يسوِّي القاضي بين الخصمين، في الدخول عليه[٧] وفي القيام لهما، وفي النظر، والاستماع[٨]، وطلاقة الوجه، وسائر أنواع الإكرام، ولا يخصص أحدهما بشيء، من ذلك، لأنه ينكسر به قلب الآخر، ويمنعه من إقامة حجته، وكذلك يسوي بينهما، في جواب السلام، فإن سلما أجابهما معاً، وإن سلَّم أحدهما، دون الآخر، قال الأصحاب: يصبر حتى يسلم الآخر، فيجيبهما، وقد يتوقف في ذلك عند طول الفصل، فإنه يمنع من انتهاضه[٩] جواباً. وذكروا أنه لا بأس أن يقول: للآخر: سلم، فإذا سلم أجابهما، وفي هذا اشتغال منه، بغير الجواب، ومثله يقطع الجواب عن الخطاب، وكأنهم احتملوا جميع ذلك لئلا يبطل معنى التسوية، وحكى الإمام[١٠] أنهم جوزوا له ترك الجواب مطلقاً، واستبعده[١١]. ويسوي بينهما في

---

(١) في: ز "فليسوِّ"

(٢) في: ز "في".

(٣) في: أ "ويقول".

(٤) في: ز "سمع".

(٥) في: أ "ولا تقبل في الثاني للتناقض". زائدة.

(٦) "فيه مسألتان: إحداهما" ليست في: ز.

(٧) في: أ "عليهما".

(٨) في: ز "في الاستماع والنظر".

(٩) في: ب، ظ "استنهاضه".
ونهض نهوضاً: ارتفع عنه، و"نهض" إلى العدو أسرع إليه و"نهضت إلى فلان وله "نهضاً" و "نهوضاً" تحركت إليه بالقيام. "وانتهضت" أيضاً. انظر: المصباح المنير ٦٢٩/٢.

(١٠) انظر: نهاية المطلب ٢٥، ٢٦، ٢٧ لوحة ١٣٧/أ.

(١١) من قوله "وحكى الإمام ... واستبعده" ليست في: ز.

المجلس، فيجلس أحدهما عن يمينه، والآخر عن شماله، إذا كانا شريفين أو يجلسهما بين يديه، وهو الأولى على الإطلاق.

ولما روي أن النبي ﷺ "قَضَى أَنْ يَجْلِسَ الخَصْمَانِ بَيْنَ يَدَيِ القَاضِي"[١]، ولأن النظر إليهما، والاستماع لكلامهما حينئذٍ يكون أسهل، نعم: لو كان أحدهما مسلماً، والآخر كافراً، فوجهان:

أصحهما: وهو الذي أورده[٢] العراقيون: أنه يرفع المسلم في المجلس[٣] لما روي: أن علياً رضي الله عنه، جلس بجنب شريح في خصومة له مع يهودي، قال: لو كان خصمي مسلماً لجلست معه، بين يديك، ولكني سمعت رسول الله ﷺ يقول: "لاتُسَاوُوهُمْ فِي المَجْلِسِ"[٤].

والثاني: أنه يسوي بينهما أيضاً للخبر السابق.

ولأنه يسوي بينهما في الإقبال عليهما، والاستماع منهما فكذلك في المجلس، ويمكن أن يكون الوجهان: في رفع المجلس، جارٍ بين سائر وجوه الإكرام، ثم التسوية بين الخصمين في الأمور المذكورة مستحبة أم واجبة؟. اقتصر صاحب "الشامل" على

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده ٤/٤، وأبوداود في سننه ٣٠٢/٣، كتاب الأقضية، باب كيف يجلس الخصمان بين يدي القاضي.
والبيهقي ٢٢٨/١٠، كتاب أدب القضاء، باب إنصاف الخصمين في المدخل عليه ..."
والحاكم ١٠٦/٤، ووافقه الذهبي. وقال: صحيح الاسناد.
قال ابن الملقن في تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج ٥٧٤/٢، تحقيق عبد الله اللحياني، ط ١، ١٤٠٦هـ.
"فيه وقفه لأجل مصعب بن ثابت الذي في سنده".
وقال الحافظ في التلخيص ١٣٩/٤، "وفي إسناده مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير، وهو ضعيف". وانظر: البدر المنير ٤٣٣/٢.

(٢) في: ز "ذكره".

(٣) انظر: الروضة ١٦١/١١، ومغني المحتاج ٤٠٠/٤.

(٤) الخبر أخرجه البيهقي ٢٣٠/١٠، كتاب آداب القاضي، باب إنصاف الخصمين "وضعفه".
انظر: البدر المنير ٤٣٣/٢، حيث قال عنه "حديث منكر".
وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/   بنفس لفظ البدر المنير.
وقال الألباني في ارواء الغليل ٢٤٢/٨، فضل في آداب القاضي "ضعيف".

الاستحباب، ونص الأكثرون على الوجوب(١). وليُقْبِل القاضي على الخصمين بمجامع قلبه وعليه السكينة، ولا يمازح أحدهما، ولا يضاحكه، ولا يشير إليه ولا يسارّه، ولا ينهرهما، ولا يصيح عليهما، إذا لم يفعلا ما يقتضي التأديب ولا يتعنت الشهود بأن يقول: لم تشهدون؟ وماهذه الشهادة؟ فيشوش عليهم، ولا يلقن المدعي الدعوى بأن يقول: ادع عليه كذا، ولا المدعى عليه الإقرار والإنكار، ولا يُجَرِّي المائل إلى النكول على اليمن، وكذا لايلقن الشاهد الشهادة، ولايجرِّيه إذا مال إلى التوقف، ولا يشككه ولايمنعه إذا أراد الشهادة، وهذا في حقوق الآدميين. وأما في حدود الله تعالى فالقاضي يرشد إلى(٢) الإنكار، على ماهو مبين في موضعه(٣) وإذا كان يدعي دعوى غير محررة، قال: الإصطخري يجوز أن يبيِّن له كيفية الدعوى الصحيحة، وقال: غيره لايجوز، لأنه يكسر قلب الآخر. وتعريف الشاهد كيفية أداء الشهادة على هذين الوجهين، قال: في "العدة". "والأصح الجواز" ولا بأس بالاستفسار، مثل أن يدعِي دراهم فيقول، أهي صحاح أم مكسورة؟ وعن أبي حنيفة(٤) منعه أيضاً. ويستحب للحاكم إذا أراد الحكم، أن يجلس المحكوم عليه، ويقول: قامت البينة عليك بكذا، ورأيت الحكم عليك، ليكون أطيب لقلبه، وأبعد عن التهمة. وعن نصه رضي الله عنه "في الأم" أنه يندبهما إلى الصلح بعد ظهور وجه الحكم ويؤخر الحكم اليوم، واليومين، إذا سألهما، فجعلاه في حلٍّ من التأخير فإن لم يجتمعا على التحليل، لم يؤخر.

المسألة الثانية: إذا جلس الخصمان بين يدي القاضي فله أن يسكت حتى يتكلما، وله أن يقول: ليتكلم المدعي منكما، وأن يقول للمدعي إذا عرفه: تكلم ولو خاطبهما بذلك الأمين الواقف على رأسه كان أولى، فإذا ادعى المدعي طالب خصمه بالجواب، وقال: ماذا تقول؟ وفيه / وجه: إنه لايطالبه بالجواب حتى يسأل المدعى، (٤٦٨/ز) كما لايطالب بإيفاء المال حتى يسأل المدعي.

---

(١) انظر: المختصر ص ٣٠٢، والحاوي ٣٤٦/٢٠، والمهذب ٣٨٢/٢، والروضة ١٦١/١١، ومغني المحتاج ٤٠٠/٤.

(٢) "إلى" ليست في: أ.

(٣) في كتاب الحدود. انظر: الوجيز ١٧٧/٢، والمنهاج ص ٢٣٤، وكتاب قطع السرقة، والروضة ١٦١/١١، ومغني المحتاج ١٧٥/٤.

(٤) انظر: الهداية ١٠٣/٣.

ثم ينظر في الجواب، إن أقرَّ بالمدعى، فللمدعي أن يطلب من القاضي الحكم عليه، وقال[1] الشيخ أبوحامد: وحينئذ يحكم، بأن يقول له: اخرج من حقه، أو كلفتك الخروج من حقه، أو ألزمتك، وما أشبهها[2]. ويثبت للمدعي بمجرد الإقرار، أم يفتقر ثبوته إلى قضاء القاضي؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يفتقر إليه، كالثبوت بعد إقامة البينة.

وأصحهما[3]: المنع، فإن دلالة الإقرار على الحق بينة إذ الإنسان على نفسه بصيرة، والبينة يحتاج في قبولها إلى النظر، والاجتهاد، هكذا ذكرت المسألة والطبع، لايكاد يقبل الخلاف فيها، لأنه إن كان الكلام في ثبوت الحق المدعى في نفسه، فمعلوم أنه لايتوقف على الإقرار، فكيف على الحكم، بعد الإقرار؟ وإن كان المراد المطالبة، والإلزام، فلا خلاف في أن للمدعي الطلب بعد الإقرار، وللقاضي الإلزام، وإن نظر ناظرٌ، إلى وجه ذكرناه في[4] الإقرار: أن الإقرار[5] المطلق، لايكفي للمؤاخذة، بل يسأل المقر عن سبب اللزوم. وقال: إذا كان الإقرار المطلق مختلفاً فيه، كان في محل النظر، والإجتهاد، فاعتبر قضاء القاضي على رأي فهذا[6] شيء لايختص بالإقرار بعد[7] الدعوى في مجلس القاضي، بل ينبغي أن يطرد في كل[8] إقرار، وإن أنكر المدعى عليه، فللقاضي أن يسكت، وله أن يقول للمدعي: ألك بينة، وقد روى ذلك عن النبي ﷺ : "في تداعى الحضرمي، والكندي على ما سيأتي إن شاء الله تعالى[9].

---

(١) "و" ليست في: ز.

(٢) في: أ، ب، ظ. وما أشبههما.

(٣) انظر: الروضة ١١/١٦٢، ومغني المحتاج ٤/٤٠١.

(٤) "في" ليست في: ز.
انظر: الوجيز ١/١٩٤، فتح العزيز مع المجموع ١١/٨٩ و ٩٠، الروضة ٤/٣٤٩.

(٥) "إن الإقرار" ليست في: أ.

(٦) في: ز "وهذا".

(٧) في: ز " بعد بالاقرار".

(٨) "بل ينبغي أن يطرد في كل إقرار" ليست في: ب، ظ.

(٩) في كتاب الدعاوي والبينات ص٧٠٥.

وفي وجه: لايقول ذلك، لأنه كالتلقين[١].

ثم إن قال المدعي لي بينة، وأقامها[٢]، فذاك، وإن قال: لا أقيمها، وأريد يمينه، مُكِّنَ منه، فإنه إن تورع عن اليمين، وأقر سهل الأمر على المدعي، واستغنى عن إقامة البينة.

وإن حلف، أقام البينة، وأن بان[٣] كذبه، وخيانته، فله إذاً[٤] في التحليف غرض ظاهر. وإن قال: ليست لي بينة حاضرة، فحلف المدعى عليه، ثم جاء المدعي[٥] ببينة سمعت، ولعلها حضرت، وإن قال: لا بينة لي حاضرة، ولا غائبة، أو قال: كل بينة أقيمها فهي باطلة، أو كاذبة، أو بينة زور، ثم جاء ببينة، فوجهان: أظهرهما على ماذكره صاحب الكتاب والعراقيون: أنها تسمع، لأنه ربما لم يعرف، أو نسي ثم عرف وتذكر[٦].

والثاني: المنع، للمناقضة، إلا أن يذكر لكلامه هذا التأويل[٧]، فيقول: كنت جاهلاً، أو ناسياً. ولو قال: لابينة لي، واقتصر عليه، ففي "التهذيب" أنه كما لو قال: لابينة لي حاضرة. ومنهم من قال: هو كما لو قال: لاحاضرة، ولا غائبة حتى يكون على الوجهين، وهذا ما أورده في "الكتاب"[٨]، ولو قال: شهودي عبيد، أو فسقة، ثم أتى بشهود، تقبل شهادتهم إن مضى زمان قابل للعتق، والاستبراء[٩].

---

(١) "والصحيح الأول" ذكره النووي في الروضة ١٦٣/١١.
(٢) في: ز "فأقامها".
(٣) "وإن" ليست في: ز.
(٤) "إذاً" ليست في: ز.
(٥) "المدعي": ليست في: ز.
(٦) انظر: الروضة ١٦٣/١١، ومغني المحتاج ٤٠١/٤.
(٧) "التأويل" هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب "تأويلاً" كما جاء في الروضة ١٦٣/١١، ومغني المحتاج ٤٠١/٤.
(٨) انظر: الوجيز ٢٤٢/٢.
(٩) انظر: الروضة ١٦٣/١١، ومغني المحتاج ٤٠١/٤.

فرع: حكى القاضي: أبوسعد الهروي[١]: وجهين في أن الحقَّ يجب بفراغ المدعي، من اليمين المردودة، أو لابد من حكم الحاكم؟ وأشار إلى بنائهما على أن اليمين المردودة، كالإقرار، أو[٢] كالبينة؟

قال [الغزالي]: فإن تزاحم[٣] المدعون، قُدِّم السابق، وإن تساووا أقرع ، ولا يقدم لشرف[٤] إلا المسافر المستوفر والمرأة فيقدمهما[٥] إن رأى فيه[٦] مصلحة، وكذلك يفعل المفتي، والمدرس عند التزاحم، ثم السابق بالقرعة، يقنع بخصومة واحدة، ولايزيد،أو إن اتحد المدعي عليه. وإن سبق[٧] أحدهما إلى الدعوى، فقال[٨] الآخر كنت أنا المدعي، لم ينفعه بل يجيب أولاً، ثم يدعي).

المسألة الأولى: إذا ازدحم جماعة من المدعين

[قال الرافعي] فيه ثلاث مسائل: إحداها: إذا ازدحم جماعة من المدعيين[٩]، نظر، إن جاؤوا على التعاقب، وعرف الترتيب، قدم منهم الأسبق، فالأسبق، والاعتبار بسبق المدعي دون المدعى عليه، وإن جاؤوا معاً، أو لم[١٠] يعرف الترتيب، أُقْرِعَ بينهم[١١]، وقدم من خرجت قرعته، فإن كثروا وعسر الإقراع، كتب أسماءهم في رقاع وصبت بين يدي القاضي ليأخذها واحدة، بعد واحدة، ويسمع دعوى من خرج[١٢] اسمه في كل مرة، ويستحب للقاضي أن يرتب ثقة يثبت أسماء الحاضرين يوم قضائه،

---

(١) "الهروي" ليست في: أ، ب، ظ.
(٢) في: أ "و".
(٣) في: ز "فإن تزاحمت".
(٤) في: أ، ب، ظ "بشرف".
(٥) في: أ، ب، ظ "يقدمها".
(٦) "فيه" ليست في: أ، ب، ظ.
(٧) في: أ، ب، ظ "ولو".
(٨) في: أ ، ب، ظ "وقال".
(٩) في: ز "المدعيين".
(١٠) في: أ، ب، ظ "وإن لم".
(١١) "اقرع بينهم" ليست في: ب، ظ.
(١٢) في: ز "يخرج".

ليعرف[١] الترتيب بينهم، ولو قدم الأسبق غيره، على نفسه جاز، والمفتي والمدرس عند الازدحام يُقَدِّمان أيضاً بالسبق، أو بالقرعة، نعم، لو كان الفن الذي يُعلمُه خارجاً عن فروض الكفايات، فالاختيار إليه، في تقديم من شاء. ولا يقدم بعض المدَّعين بشرف وغيره، إلا في موضعين:

أحدهما: إذا كان في المدَّعين مسافرون مستوفزون، وهم الذين شدوا الرحال، ليخرجوا.

ولو أُخِّرَ أمرهم لتخلفوا عن رفقائهم، فإن قلُّوا قدِمُوا لئلا يتضرروا[٢] بالتخلف، وإن كثروا لمساواة المسافرين أهل البلد أو زيادتهم كالحجيج بمكة لم يقدَّموا[٣]، وكانوا كالمقيمين، فيراعى السبق، أو[٤] القرعة، وفي "المهذب"[٥] وغيره، وجه آخر: أنه لاتقديم بالسفر أصلاً.

والثاني: لو كان في الحاضرين نسوة، ورأى القاضي تقديمهن لينصرفن، قدمهن[٦]، وفيه وجه آخر: أنهن لايقدمن، ولكن التقديم[٧] فيما إذا لم يكثرن كما في المسافرين. وما ينبغي أن يفرق بين أن يكون المسافر مدعياً، أو مدعى عليه، وكذا المرأة[٨]

والظاهر: أن[٩] تقديم المسافر، والمرأة ليس بمستحق وإنما هو نوع رخصة[١٠]

---

(١) في: ز "فيعرف".
(٢) في: أ، ب، ظ: "يتضرر".
(٣) على الصحيح. انظر: الروضة ١١/١٦٤، ومغني المحتاج ٤/٤٠٢.
(٤) في: أ، ب "و".
(٥) انظر: المهذب ٢/٣٨٢.
(٦) على الصحيح. انظر: المصدرين السابقين.
(٧) في: ز "وليكن المقدم".
(٨) "وكذا المرأة" ليست في: ب، ظ.
(٩) في: أ " لأن".
(١٠) الرخصة لغة: التسهيل في الأمر والتيسير. المصباح ١/٢٢٣.
وشرعاً: "الحكم الثابت على خلاف دليل الوجوب أو الحرمة لعذر". القاموس الفقهي ص ١٤٦.

يجوز الأخذ به، وبذلك يشعر لفظ "المختصر"[١]، ويوافقه قوله في الكتاب "إن رأى فيه مصلحة" ومنهم من يشعر إيراده بالاستحقاق. ثم لايخفى أن السفر والأنوثة إنما يقتضيان التقديم على المقيمين، وعلى الرجال، فأما المسافرون بعضهم مع بعض والنسوة بعضهن مع بعض، فالرجوع فيهم إلى السبق، أو القرعة[٢]

المسألة الثانية: المقدم بالسبق أو القرعة

الثانية: المقدم بالسبق أو بالقرعة، إنما يقدم في دعوى واحدة، ولا يمكن من أن يزيد فيضر بالآخرين، بل ينصرف إلى أن يحضر في مجلس آخر، أو ينتظر فراغ القاضي من سماع دعوى سائر الحاضرين، فحينئذ تسمع دعواه الثانية، إن لم يضجر[٣]

ولا فرق بين أن تكون الدعوى الثانية والثالثة، على الذي أدعى عليه الدعوى الأولى، أو على غيره. وفيه وجه: أن الزيادة على الدعوى الأولى مسموعة، إذا اتحد المدعى عليه، ويجعل اتحاد المتداعيين[٤] كاتحاد الدعوى.

ثم الناقلون لهذا الوجه: منهم من أطلق، وقيد في "الوسيط"[٥]. فقال: تسمع إلى ثلاث دعاوي، وتسمع على من ادعى عليه دعوى ثان، وثالث، لأن الدعوى للمدعي، وقد تعدد المدعون. ونقل القاضي ابن كج هاهنا وجهين غريبين: أحدهما: أن المقدم بدعوى واحدة لاتسمع منه الدعوى الثانية، إلا في مجلس آخر، وإن فرغ القاضي من سماع دعوى الحاضرين، فعليهم بعد ذلك ترفيهه[٦]

والثاني: أنه لاتسمع على الواحد إلا دعوى واحدة كما لا تسمع من الواحد إلا دعوى واحدة[٧].

فرع: المقدم بالسفر يجوز أن لايقدم أيضاً، إلا بدعوى واحدة، ويجوز أن يقدم بجميع دعاويه، لأن الغرض من تقديمه أن لايتخلف عن الرفقاء، ويجوز أن يقال: إذا

---

(١) انظر: المختصر ص ٣٠٢، وانظر: الروضة ١٦٤/١١، ومغني المحتاج ٤٠٢/٤.

(٢) في: أ، ب، ظ "والقرعة".

(٣) أي القاضي. انظر: الروضة ١٦٤/١١.

(٤) في: أ "المتداعيين".

(٥) انظر: ٣١٤/٧.

(٦) في: أ، ب، ظ: "ترفهه".

(٧) "كما لا يسمع ... واحدة" ليس في : ز.

عرف أن له دعاوي، فسبيله سبيل المقيمين، لأن في تقديمه بجميع الدعاوي، إضراراً بغيره، وتقديمه بالدعوى الواحدة، لايحصل الغرض[١].

المسألة الثالثة: تنازع الخصمان

الثالثة: تنازع الخصمان، وزعم كل واحد منهما، أنه هو المدعي، نظر: إن سبق أحدهما إلى الدعوى، لم يلتفت إلى قول الآخر: إني كنت المدعي، بل عليه أن يجيب، ثم يدعي إن شاء. وإن لم يسبق، وتشاجرا، سأل القاضي العون، فمن أحضره العون، فهو المدعى عليه، فيدعي الآخر عليه، وكذا لو قامت بينة لأحدهما، أنه أحضر الآخر ليدعي عليه. وإن استوى الطرفان، أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة ادعى.

وقيل يقدم القاضي أحدهما باجتهاده.

[في حكم إجابة القاضي لوليمة الخصمين أو غيرهما]

(قال [الغزالي] ولا ينبغي أن يحضر، ولائم الخصمين، ولا بأس بوليمة غيرهما، إذا لم يكن هو المقصود بالدعوة).

[قال الرافعي]: في أن الإجابة إلى الوليمة تجب، أو تستحب مستوفى في[٢] باب الوليمة، والنثر[٣]. وذلك في حق غير القاضي.

فأما القاضي فلا يحضر وليمة أحد الخصمين في حال تخاصمهما ولا وليمتهما، لأن أحدهما: قد يزيد في إكرامه، فيميل قلبه إليه. وأما وليمة غيرهما، فعن بعض الأصحاب فيما رواه صاحب "الإفصاح" وغيره: أنه يجيء قول وجوب الإجابة في حق القاضي أيضاً. وفي "أمالي" أبي الفرج أن بعضهم قال: لاتجوز له[٤] الإجابة أصلاً، لأنه

---

(١) قال النووي: "الأرجح أن دعاويه إن كانت قليلة، أو ضعيفة، بحيث لايضر بالباقين إضراراً بيناً، قدم بجميعها، وإلا فيقدم بواحدة، لأنها مأذون فيها، وقد يقنع بواحدة، ويؤخر الباقي إلى أن يخصه". ذكره في الروضة ١١/١٦٥. وانظر: مغني المحتاج ٤/٤٠٢.

(٢) "في" ليست في: أ، وفي ب، ظ "مشتق".

(٣) انظر: الوجيز ٢/٣٥، والروضة ٧/٣٣٣، حيث قال: "والصحيح أنها مستحبة".
وانظر: مغني المحتاج ٣/٢٤٥، وفي قول: "أنها واجبة" وانظر: المختصر ص ١٨٤، والحاوي ١٢/١٩٢، والمهذب ٢/٨٢.

(٤) "له" ليست في: أ، ب، ظ.

أجير على[1] المسلمين، ولا ندري متى يتحاكم إليه الخصمان[2]، وظاهر المذهب[3]: التوسط: وهو أنها لاتجب، ولا تحرم، ولكنها مستحبة بشرط التعميم، فإن كثرت وقطعته عن الحكم، ترك إجابة الكل، و لم يخصص بعض الناس، نعم لو كان يخص إنساناً قبل الولاية بإجابة وليمته فعن نص الشافعي رضي ا لله عنه، فيما حكاه القاضي ابن كج: أنه لابأس بالاستمرار عليه[4]. وتكره الإجابة إلى دعوة اتخذت للقاضي خاصة، أو[5] للأغنياء ودعي فيهم، ولا تكره الإجابة إلى ما اتخذ للجيران، وهو منهم، أو[6] للعلماء ودعي فيهم.

واعلم أن إجابة غير[7] الوليمة من الدعوات مستحبة، وظاهر ما أطلقه الأئمة ثبوت الاستحباب في حق القاضي أيضاً، وإن كان الاستحباب في الوليمة آكد.

ومنهم من خصص الاستحباب بالوليمة، ويحكى هذا عن ابن القاص[8] ولا يضيف القاضي أحد الخصمين دون الآخر، لأنه ينكسر قلبه، ويجوز أن يضيفهما معاً[9].

كما[10] روي عن علي كرم ا لله وجهه: أن النبي ﷺ قال: "لَايُضِيفُ أَحَدُكُمْ أَحَدَ الخَصْمَيْنِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ خَصْمُهُ مَعَهُ"[11].

---

(١) في: أ، ب، ظ "أجير المسلمين".

(٢) في: ز "الخصمان إليه".

(٣) قال النووي في الروضة ١١/١٦٥. "وأما وليمة غير الخصمين فثلاثة أوجه أحدها: تحرم عليه الإجابة إليها، والثاني: تجب إذا أوجبناها على غيره. والثالث: وهو الصحيح. لاتحرم، ولاتجب، بل تستحب بشرط التعميم ..." وانظر: مغني المحتاج ٤/٣٩٢.

(٤) انظر: الأم ٦/٢٠٤، والمختصر ص ١٨٤، والحاوي ١٢/١٩٢.

(٥) "أو" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: ز " وللعلماء".

(٧) "غير " ليست في: ظ.

(٨) في أدب القاضي ١/١١٢.

(٩) على الصحيح: انظر: الروضة ١١/١٦٦، ومغني المحتاج ٤/٣٩٣.

(١٠) "كما" ليست في: ز.

(١١) اخرجه البيهقي ١٠/٢٣٢ و ٢٣٣، في باب لاينبغي للقاضي أن يضيف الخصم إلا وخصمه معه، من كتاب آداب القاضي.

=

وعن أبي الحسين، أن أبا إسحاق قال: لا يضيفهما معاً أيضاً، لأنه قد يتوهم كل واحد منهما أن المقصود بالدعوة صاحبه، وأنه تبع فيكسر قلبه، لكن هذا يُشكِل بسائر وجوه التسوية. وللقاضي أن يشفع لأحدهما وأن يؤدي المال عمن عليه، فإنه ينفعهما جميعاً.

[في عيادة المرضى وحضور الجنائز ونحو ذلك]

[قال الرافعي] فرع: القاضي يعود المرضى، ويشهد الجنائز، ويزور القادمين لما فيها من البر والثواب، وإذا لم يمكنه الاستيعاب أتى بما أمكنه من كل نوع، ويخص به من عرفه، وقرب منه.

وفرقوا بين هذه الأمور، وبين إجابة الوليمة، حيث يترك الكل، إذا لم يمكنه الإستيعاب، بما لاتسكن النفس إليه، وهو أن أظهر الأغراض في إجابة الوليمة إكرام صاحبها، فالتخصيص إيثار، وميل، وأظهر الأعراض في العيادة، وما في معناها، الثواب، فلا يترك، المقدور عليه[1] منها، كيلا يفوته الثواب، ولعدم إيضاح هذا الفرق، ذهب القاضي أبوحامد فيما حكاه ابن المرْزُبَان[2] عنه سماعاً، أنه كالإجابة إلى الوليمة. إما أن يستوعب، أو يترك الكل، ولم يفرق الأكثرون في العيادة، وشهود الجنازة بين المتخاصمين وبين سائر الناس، وذلك مناسب لقولهم، إن النظر فيها إلى الثواب، دون الأشخاص[3]، وفي "أمالي" ابن أبي الفرج: أنّه لايعود الخصم، إذا مرض، ولا يزوره إذا قدم، لكن يشهد جنازته إذا مات" والله أعلم بالصواب.

= وقال عنه: في البدر المنير ٤٣٣/٢، رواه البيهقي وضعفه. قال: وله متابع".
وقال الحافظ ابن حجر ١٩٣/٤ "وهذا إسناد ضعيف منقطع" وانظر: إرواء الغليل ٢٥٠/٨ و ٢٥١، فقد ضعفه أيضاً.

(١) "عليه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) المرْزُبَان: هو علي بن أحمد البغدادي، أبوالحسن بن المرزبان. أحد ائمة المذهب، وأصحاب الوجوه، نقل عنه الرافعي في مواضع كثيرة. توفي سنة ست وستين وثلاثمائة.
انظر: ترجمته في: تاريخ بغداد ٣٢٥/١١، وشذرات الذهب ٥٦/٣، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٤٢/١.

(٣) وهو الصحيح: انظر: الروضة ١٦٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٣/٤.

[الفصل الرابع: في التزكية]

(قال [الغزالي] الفصل الرابع في التزكية

ويجب على القاضي: الاستزكاء مهما شك[١]، وإن سكت الخصم، إلا أن يقر الخصم بعدالتهما)[٢].

[قال الرافعي] المقصود الآن الكلام في البحث عن حال الشهود، وتزكيتهم. وأول مانذكره أنه لايجوز للقاضي أن يتخذ شهوداً معينين لايقبل شهادة غيرهم، لما فيه من التضييق على الناس، فإنه قد يتحمل الشهادة غيرهم، فإذا لم يقبل، ضاع الحق، وقد قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[٣] / فأطلق، وإذا شهد عنده شهود. نُظر: إن عرف فسقهم رد شهادتهم، ولم يحتج إلى بحث، وإن عرف عدالتهم قبل شهادتهم، ولا حاجة إلى التعديل، وإن طلبه الخصم، ففيه[٤] وجه ذكرناه في فصل القضاء بالعلم[٥]. (٤٧٠/ز)

وعن أبي حنيفة[٦] رحمه الله فيما رواه صاحب "التهذيب" أنه إذا طلب الخصم، فلابد من التعديل، وإن لم يعرف القاضي حالهم في الفسق، والعدالة، لم يجز له، قبول شهادتهم، والحكم بها، إلا بعد الاستزكاء، والتعديل سواء طعن فيهم[٧] الخصم، أو سكت، وبهذا قال: مالك[٨] وأحمد[٩] رضي الله عنهما، وساعدنا أبوحنيفة رحمه الله فيما إذا كانت الشهادة على القصاص، والحدود، وقال: في المال إذا عرّفَ

---

(١) في: ز "مماسكت، وإن شك الخصم".

(٢) في: ز "عن عدالة"

(٣) سورة الطلاق، آية ٢.

(٤) في: ب، ظ "وفيه".

(٥) انظر: الوجيز ٢٤١/٢، والروضة ١٥٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٨/٤، وانظر ص ٢٩٤.

(٦) انظر: فتح القدير ٤٥٧/٦.

(٧) "فيهم" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٢.

(٩) انظر: المقنع ص ٣٣٢.

إسلام الشهود، لم يحتج إلى البحث عن عدالتهم[١]، إلا أن يطعن فيهم الخصم.

واحتج الأصحاب[٢]: بأنه حكم بشهادة، فيشترط فيه البحث عن شرط[٣] الشهادة، كما إذا طعن الخصم، وكما إذا كانت الشهادة على القصاص، وكما إذا جهل إسلام الشهود، فإنه يجب البحث عنه[٤]، على ماسنذكره. ولايجوز الاكتفاء بأن الظاهر من حال المسلم العدالة، كما لايجوز الاكتفاء بأن الظاهر من حال من في دار الإسلام، الإسلام.

وإن أقر الخصم بعدالة الشاهدين، ولكن قال: أخطأ في هذه الشهادة، ففيه وجهان: أحدهما: أنا إنما كنا نبحث لحقه، فإذا اعترف بعدالتهما أغنانا عن البحث، والتعديل.

والثاني: [٥]لابد من البحث، والتعديل لحق الله تعالى[٦].

ولهذا لايجوز الحكم بشهادة الفساق، وإن رضي الخصم به، وأيضاً فالحكم بشهادة الإنسان يتضمن الحكم بعدالته، والحكم بالعدالة، بتعديل واحد، لايجوز، وهذا أقوى في المعنى، وإليه يميل كلام صاحبي "المهذب"[٧] و "التهذيب"[٨].

والمذكور في الكتاب[٩] هو الأول. ولو صدقهما فيما شهدا به فيقضي القاضي عليه بإقراره بالحق، ويستغني عن البحث عن حال الشاهدين، وكذا لو شهد واحد فصدقه.

---

(١) انظر: فتح القدير ٤٥٧/٦.

(٢) في: ب، ظ "الخصم".

(٣) "شرط" ليست في: ز.

(٤) "عنه" ليست في: ز.

(٥) في: ز "أنه لابد".

(٦) وهو الصحيح ذكره النووي في الروضة ١٦٧/١١. وانظر: مغني المحتاج ٤٠٣/٤.

(٧) انظر: المهذب ٣٨٧/٢.

(٨) انظر: التهذيب ٢٣٨/٨.

(٩) انظر: الوجيز ٢٤٢/٢.

ولو شهد شاهدان معلوما العدالة، ثم أقر المشهود عليه بما شهدا به، قبل أن يحكم القاضي، فالحكم يستند إلى الإقرار، دون الشهادة، أو يستند إليهما جميعاً؟ حكى القاضي أبوسعد الهروي فيه وجهين: قال والمذهب[1] منهما الأول.

والثاني: حكاه "الفوراني"[2] في "المناظرة" وذكر أنه لو أقر بعد الحكم بشهادة الشاهدين، فقد مضى الحكم مستنداً إلى الشهادة، سواءً وقع إقراره بعد تسليم المال إلى المشهود له، أو قبله، وأنّ فيما إذا أقر قبل التسليم وجهاً آخر، وأنّه لو قال: الخصم للشاهد قبل أداء الشهادة ما تشهد به عليّ فأنت عدل صادق، لم يكن ذلك إقراراً، لكنه تعديل للشاهد، إن كان من أهل التعديل. ولو جهل القاضي إسلام الشاهد لم يقنع بظاهر الدار، ولكنه[3] يبحث عنه، ويكفي فيه الرجوع إلى قول[4] الشاهد، لأن أعرابياً شهد عند رسول الله صلى الله عليه وسلم برؤية الهلال، فسأله عن إسلامه وقبل شهادته"[5] ولو جهل حريته يبحث[6] أيضاً.

وهل يكفي فيها قول الشاهد؟ على وجهين: أحدهما: نعم. كما في الإسلام، وأظهرهما[7]: على ما قاله في: "المهذب"[8] لا كما في العدالة، ويخالف الإسلام، فإنه يستقل به، فيقبل قوله فيه، وليست الحرية كذلك.

---

(١) انظر: الروضة ١١/١٦٧، ومغني المحتاج ٤/٤٠٣.

(٢) سبقت ترجمته ص٣٤١.

(٣) في: أ، ب، ظ: ولكن.

(٤) في: أ "قولى".

(٥) أخرجه: أبوداود في سننه ٢/٣٠٢، كتاب الصيام، باب في شهادة الواحد على رؤية رمضان، حديث (٢٣٤٠).
وأخرجه الترمذي في سننه ٢/٩٩، كتاب الصوم، باب ماجاء في الصوم بالشهادة حديث ٦٨٥، وقال: روي مرسلاً.
وأخرجه ابن ماجه في سننه ١/٥٢٩، كتاب الصيام، باب ماجاء في الشهادة على رؤية الهلال، حديث ١٦٥٢.
"وقال النسائي: إنه أولى بالصواب". انظر: تلخيص الحبير ٢/١٨٧.

(٦) في: ب، ظ: "يحث".

(٧) وهو الأصح، ذكره النووي، الروضة ١١/١٦٨.

(٨) انظر: المهذب ٢/٣٧٧.

وقوله في الكتاب: "ويجب على القاضي الاستزكاء مهما شك"[١]. إشارة بقوله: مهما شك، إلى أنه إذا علم حال الشهود، لا يستزكي على ماسبق. وقوله: "وإن سكت الخصم"، معلم بالحاء، ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً، لأن القاضي أبا القاسم ابن كج:روى عن بعض الأصحاب: أن الاستزكاء، إنما يجب إذا طلبه الخصم، لأنه حقه.

فرع: قال في "العدة" لو استفاض فسق الشاهد بين الناس، فلا حاجة إلى البحث، والسؤال، وينزل المستفيض منزلة المعلوم.

[في كيفية الاستزكاء]

(قال [الغزالي]: وليكتب إلى المزكين اسم الشاهدين[٢]، والخصمين، فلعله يعرف بينهم عداوة، وقيل: يكتب قدر المال، أيضاً[٣]، فربما يعدل في اليسير، دون الكثير، وقيل: العدالة لا تتجزأ).

[قال الرافعي] غرض الفصل بيان كيفية الاستزكاء.

واعرف أولاً شيئين: أحدهما: أن القاضي ينبغي أن يكون له مزكون، وأصحاب مسائل، والمزكون هم المرجوع إليهم ليتبينوا حال الشهود، وأصحاب المسائل الذين يبعثهم القاضي إلى المزكين ليبحثوا، ويسألوا، وربما فُسِّر أصحاب المسائل في لفظ الشافعي[٤] رضي الله عنه بالمزكين، أنفسهم، إما لأنهم مسؤولون أو لأنهم إذا لم يعرفوا سألوا من يعرف من الجيران، وأهل الخبرة[٥] ورفقاء السفر، والمعاملين[٦].

والثاني: المخبرون عن فسق الشهود، وعدالتهم، ضربان:

أحدهما: من نَصَبَهُ الحاكم للجرح والتعديل، إما مطلقاً، أو في واقعة خاصة، فيسمع الشهادة عليهما، وما ثبت عنده، أنهاه إلى القاضي.

---

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٤٢.
(٢) في: ب، ظ "الشاهد".
(٣) في: ب، ظ أيضاً قدر المال.
(٤) انظر: الأم ٢٠٤/٢.
(٥) في: أ، ب، ظ: "الحرفة".
(٦) في: ب، ظ "العالمين".

والثاني: من يشهد بالعدالة، أو الفسق، ثم من هؤالاء من يشهد إصالة، ومنهم من يشهد بناء على شهادة غيره، والأول قد يعرف الحال فيشهد، وقد لايعرف فيأمره القاضي بالبحث، والتفحص ليعرف فيشهد كما يوكل القاضي بالغريب الذي يدعي الإفلاس، من يبحث عن حاله، ويخالطه[١] ليعرف إفلاسه، فيشهد.

وأما الثاني: فهو شاهد فرع.

والقياس الظاهر: أنه لايشهد إلا عند غيبة الأصل، أو عذرٍ[٢] مانع من الحضور، ولذلك ذكره القاضي أبوسعد الهروي ويجيء من بعدُ ما ينازع فيه.

إذا تقرر ذلك: فإذا أراد القاضي البحث عن حال الشهود كتب اسم الشاهد، وكنيته إن أشتهر بها، وولاءَهَ إن كان عليه ولاء، واسم أبيه وحليته، وحرفته، وسوقه، ومسجده، وكلٌّ ذلك لئلا يشتبه بغيره، فإن كان الرجل مشهوراً، وحصل التمييز ببعض هذه الأوصاف، اكتفى به، ويذكر في الكتاب اسم المشهود عليه، فقد يكون بينه، وبين الشاهد عداوة، واسم المشهود له فقد يكون بينه، وبين الشاهد[٣] ولادة، أو شركة تمنع قبول الشهادة، وفي قدر المال، وجهان: أحدهما: لايذكره، لأن العدالة لا تختلف بقلة المال، وكثرته، ولا تتجزأ.

وأظهرهما: وهو المنصوص: أنه يذكره[٤]. وقول الأول: إن العدالة لا تتجزأ.

حكى أبوالعباس الروياني[٥] فيه اختلافاً عن[٦] الأصحاب، منهم من منعه،

---

(١) في: ب، ظ "يخالفه".

(٢) في: ز "عند".

(٣) من قوله "عداوة ... وبين الشاهد" ليست في: ز.

(٤) وهو الصحيح: انظر: الروضة ١١/١٦٩، ومغني المحتاج ٤/٤٠٣.

(٥) هو: أحمد بن محمد بن أحمد الروياني الطبري. من أكابر فقهاء الشافعية. قاضي القضاة، جد صاحب "البحر" مصنف "الجرجانيات". توفي عام ٤٥٠هـ رحمه الله.
انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٣/٣٢، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١٥٨.

(٦) "عن" ليست في: ز.

وقال: قبول الشهادة مبني على غلبة الظن بصدق الشاهد، وقد يغلب على الظن الصدق في القليل دون الكثير، ومنهم من سلمه، وقال: إنما يذكره، لأن الكثير أجدر بالاحتياط، وذكر المال، قد يكون أطيب لقلب المزكي، وبُنِيَ على الخلاف في أن العدالة هل تتجزأ، إنه لو عُدِّل وقد شهد بمال قليلٍ، ثم شهد في الحال بمال كثير، هل يحتاج إلى التزكية؟ ويكتب إلى كل مزك كتاباً، ويدفعه إلى صاحب مسألة، ويخفي كل كتاب عن غير من يدفعه إليه، وغير[١] من يبعثه إليه، احتياطاً، ثم إذا وقف القاضي على ماعند المزكين، فإن كان[٢] جرحاً لم يُظْهِرهُ، وقال: للمدعي زد في الشهود، وإن كان تعديلاً، عمل بمقتضاه.

وحكوا وجهين، والحالة هذه أنه بم يحكم بقول المزكين، أم بقول أصحاب المسائل؟ فعن أبي إسحاق[٣]: أنه يحكم[٤] بقول[٥] المزكين، دون أصحاب المسائل[٦]، لأن قولهم شهادة على شهادة، فكيف تقبل مع حضور[٧] الأصل؟ وإنما هم رسل، وعلى هذا يجوز أن يكون صاحب المسألة واحداً، فإن عاد بالجرح توقف القاضي، وإن عاد بالتعديل، دعا مزكيين ليشهدوا عنده بعدالة الشاهد ويشير إليه، ويأمن بذلك من الغلط من شخص إلى شخص، وعن الإصطخري: أنه إنما يحكم بقول أصحاب المسائل، وعلى هذا قال الشيخ أبوحامد: إنه ينبني على مايثبت عندهم بقول المزكين، وفي "الشامل": أنه إن كان شهادة على شهادة تقبل للحاجة، لأن المزكي لايكلف الحضور عند الحاكم، وقول الإصطخري: أصح عند الشيخ أبي حامد، والقاضي أبي الطيب وغيرهما. قالوا: وعلى هذا إنما يعتمد القاضي قول اثنين من أصحاب المسائل، وإن وصفاه بالفسق فعلى ماسبق، وإن وصفاه بالعدالة، أحضر الشاهد ليشهد بعدالته

---

(١) في: أ "عن".
(٢) "كان" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) في: ب، ز "قال: أبواسحاق".
(٤) "أنه يحكم" ليست في: ب.
(٥) في: ب "لايقول".
(٦) من قوله "فعن أبي إسحاق ... دون أصحاب المسائل" ليست في: ظ.
(٧) في: ز "ظهور".

علانية، ويشيرا إليه، وقد يفيدك التأمل في كلام[1] الأصحاب أن تقول: ماينبغي أن يكون في هذا خلاف محقق، لكن إن[2] ولي صاحب المسألة الجرح والتعديل، فحُكْمُ القاضي مبني على قوله، ولا يعتبر العدد، لأنه حاكم، وإن أمره بالبحث فبحث، ووقف على حال الشاهد، وشهد بما وقف عليه، فالحكم أيضاً مبني على قوله، ويعتبر العدد، لأنه شاهد، وإن أمره بمراجعة مزكيين فصاعداً، وبان بعلمه ماعندهما، فهو رسول محض، والاعتماد على قولهما، فليحضرا، وليشهدا.

وكذا لو شهد على شهادتهما لأن شهادة الفرع مع حضور الأصل غير مقبولة. وقوله: في الكتاب: "فلعله يعرف بينهم عداوة". يعني بين الشاهدين[3] والمشهود عليه[4]، وأما العداوة بينهما وبين المشهود له، فإنها لاتقدح في الشهادة. وقوله: "وقيل: العدالة لا تتجزأ": أي فلا يكتب قدر المال، وفيه مابيناه. وا لله أعلم.

[في صفات المزكي]

(قال [الغزالي]: وصفة المزكي، كصفة الشاهد، لكن يجب أن يكون خبيراً بباطن من يعدله، بصحبته معه. ولا يعتمد في الجرح إلا العيان، وله أن يحكم بشهادة عدلين، إن نصب حاكماً في التعديل. ويجب إن يشافه القاضي به، ويأتي بلفظ الشهادة، فيقول: أشهد أنه عدلٌ مقبول الشهادة، فربَّ عدل مغفل، لا تقبل شهادته، ولا تكفي الرقعة مع شهادة رسولين عدلين[5]، ويجب ذكر سبب الجرح دون التعديل).

[قال الرافعي]: فيه مسائل:

إحداهما: من[6] نصبه[7] حاكماً في الجرح والتعديل، اعتبر فيه صفات القضاة،

---

(١) في: ز "كتاب".
(٢) "إن" ليست في: ب، ظ.
(٣) في: ب، ظ "الشاهد".
(٤) "و" ليست في: أ، ب، ظ.
(٥) "عدلين" ليست في: أ، ب، ظ.
(٦) في: ب، ظ "في نصبه".
(٧) في ز "نصب"

ومن شهد بالعدالة، والفسق اعْتُبِرَ فيه صفات الشهود، ويعتبر مع ذلك، العلم بالعدالة، والفسق وأسبابهما، ويعتبر أيضاً أن يكون المعدل[١] خبيراً بباطن حال[٢] من يعدِّلُهُ.

إما لصحبة[٣]، أو جِوارٍ أو[٤] معاملةٍ، أو نحوه، روى أن شاهدين شهدا عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقال: لهما، "إني لا أعرفكما ولا يضركما أن لا أعرفكما، فأتيا[٥] بمن يعرفكما، فأتيا برجل فقال له[٦] عمر رضي الله عنه: كيف تعرفهما، قال: بالصلاح، والأمانة، قال: هل كنت جاراً لهما تعرف صباحهما، ومساءهما، ومدخلهما ومخرجهما، قال: لا، قال: هل عاملتهما بهذه الدراهم، والدنانير التي تُعرف بهما أمانات الرجال، قال: لا. قال: هل صاحبتهما في السفر الذي يسفر عن أخلاق الرجال؟ قال: لا. قال: فأنت لا تعرفهما، أتيا بمن يعرفكما"[٧].

والمعنى فيه أن الانسان يخفي أسباب الفسق غالباً، فلابد من معرفة بباطن حاله، وهذا كما أن في الشهادة على الإفلاس تعتبر الخبرة الباطنة، لأن الإنسان مشغوف بإخفاء المال، وفي الشهادة على أن لاوارث[٨] سواه، تعتبر الخبرة الباطنة، لأنه قد يتزوج في السفر، أو في الحضر، ويخفيه فيولد له، قال: في "الوسيط"[٩]: ويجب على القاضي أن يعرف أن المزكي، هل هو خبير بباطن الشاهد، في كل تزكية؟ إلا إذا علم من عادته[١٠]

---

(١) في: أ "العدل".

(٢) "حال" ليست في: ز.

(٣) "الصحبة" ليست في: ز.

(٤) في: ب، ظ "و" فقط. والصحيح أو.

(٥) في: أ، ب، ظ "اتيا".

(٦) "له" ليست في: أ.

(٧) خبر عمر رضي الله عنه: "أن شاهدين شهدا ... الخ"
أخرجه البيهقي في سننه الكبرى ٢١٣/١٠ و ٢١٤، باب من يرجع إليه في السؤال يجب أن يكون معرفته باطنة متقادمة، من كتاب آداب القضاة.
وانظر: البدر المنير ٤٣٧/٢. قال في التلخيص ١٩٧/٤ "قال العقيلي: الفضل مجهول، وما في هذا الكتاب حديث لمجهول أحسن من هذا..." وقال الألباني في الإرواء ٢٦٠/٨ "صحيح".

(٨) في: ز "والد".

(٩) انظر ٣١٨/٧.

(١٠) في: ز "عادتها".

أنه لايزكي إلا بعد الخبرة، وظاهر[١] لفظ الشافعي رضي الله عنه: اعتبار التقادم في المعرفة الباطنة[٢].

ووجه ذلك: بأنها إذا لم تتقادم لم يمكن الاختبار في يوم أو يومين، ويشبه أن يقال شدة التفحص والإمعان فيه، يقوم مقام التقادم، ويمكن الاختيار في المدة اليسيرة، وليس ذكر التقادم، على سبيل الإشتراط، لأن الغالب أن المعرفة الباطنة، حينئذ تحصل، ويوضحه ماذكرناه: أن القاضي قد يأمر بالبحث والتفحص عن حال الشاهد، ليعرف فيشهد، ولو اعتبرنا التقادم لطالت المدة،/ وتضرر المتداعيان بالتأخير الطويل. هذا في (٤٧٢/ز)
التعديل.

وأما في الجرح، فتعتمد[٣] المعاينة أو السماع، فالمعاينة[٤] بأن يراه[٥] يزني، أو يشرب الخمر، والسماع كما إذا سمعه يقذف، أو يقر على نفسه بالزنا، وشرب الخمر، وإن سمع من غيره، نظر، إن بلغ المخبرون[٦] حد[٧] التواتر[٨] جاز الجرح لحصول العلم، وإن لم يبلغوا حد التواتر، لكنه استفاض، وانتشر، فكذلك الجواب، فيما حكى ابن الصباغ، وصاحب "التهذيب" وغيرهما.

ولايجوز الجرح بناء على خبر الواحد، والعدد اليسير نعم، له أن يشهد على

---

(١) في: أ "والظاهر".

(٢) انظر: الأم ٢٠٤/٦.

(٣) في: ز "فتعتبر".

(٤) في: أ "والمعاينة".

(٥) في: أ "رآه".

(٦) في: ب "المجزون".

(٧) في: أ "خبر".

(٨) والتواتر: لغة عبارة عن تتابع أشياء. واحد بعد واحد، بينهما مهلة.
وشرعاً: أنه عبارة عن خبر جماعة بلغوا في الكثرة إلى حيث حصل العلم بقولهم". انظر: الاحكام ١٤/٢ و ٢٦. حيث قال: "وبالجملة فضابط التواتر ماحصل العلم عنده من أقوال المخبرين، لا أن العلم مضبوطٌ بعددٍ مخصوصٍ...".

شهادتهم بشرط الشهادة على الشهادة، وذكر في "المهذب"[١] تفريعاً، على ماسبقت حكايته عن الإصطخري: أن القاضي، إنما يحكم بقول أصحاب المسائل: أنه يجوز أن يكون من[٢] يخبر من الجيران، أصحاب المسائل، واحداً[٣] إذا وقع في نفوسهم صدقه، وهل يشترط التعرض لسبب[٤] رؤية الجرح أو سماعه؟ قال: قائلون نعم: فلابد وأن يقول: رأيته يزني، وسمعته يقذف، وعلى هذا القياس استفاض عندي. وفي "الشامل" أنه لاحاجة إليه، وليس للحاكم أن يقول: من[٥] اين عرفت حاله، وعلى ما بنيت شهادتك؟ كما في سائر الشهادات.

وهذا أقيس، ويحكى عن ابن أبي هريرة. والأول: أشهر[٦].

ولا يجعل الجارح بذكر الزنا قاذفاً للحاجة، كما لايجعل الشاهد قاذفاً، فإن لم يساعده غيره، فليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنا، هل يجعلون قذفة[٧]؟[٨]، وينبغي أن يكون المزكون، وافري العقول[٩] لئلا يخدعوا براء من الشحناء والعصبية في النسب، والمذهب خوفاً من أن يحملهم ذلك على جرح عدل، أو تزكية فاسق. ويجتهد القاضي في إخفاء أمرهم، حتى لايشتهروا في الناس بالتزكية، وهل يشترط لفظ الشهادة من المزكي؟.

فيه وجهان: كما ذكرنا في المُسمِعِ.

---

(١) انظر: ٣٧٧/٢.
(٢) "من" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) في: أ "واحد".
(٤) في: ب "بسبب". وفي ز "لرؤية سبب".
(٥) "من" ليست في: أ.
(٦) انظر: الروضة ١٧١/١١، ونهاية المحتاج ٢٥٣/٨، ومغني المحتاج ٤٠٥/٤.
(٧) قال النووي: قلت المختار أو الصواب "أنه لايجعل قاذفاً، وإن لم يوافقه غيره، لأنه معذور في شهادته بالجرح، فإنه مسؤول عنهما، وهي في حقه فرض كفاية، أو متعينة، فهو معذور بخلاف شهود الزنا، فإنهم مندوبون إلى الستر، فهم مقصرون". والله أعلم. الروضة ١٧٢/١١.
(٨) نعم: إنهم قذفة على القول الصحيح. انظر: مغني المحتاج ٤٠٥/٤.
(٩) في: ز "العقل".

أظهرهما: نعم[١]. فيقول: أشهد أنه عدل. وهذا ما أورده في الكتاب[٢].

وقال في "الوسيط"[٣]: إن اعتبرنا مشافهة القاضي فلابد من لفظ الشهادة، وإن لم نعتبر، ففي اشتراطه في الكتابة، والرسالة، وجهان[٤]: ولايجوز أن يزكي أحد الشاهدين. الثاني، وفيه وجه آخر: نذكره[٥] في باب الشهادة. وعن كتاب حرملة[٦] أنه لو شهد شاهدان وعدلهما آخران لايعرفهما القاضي، وزكى الآخرين مزكيان للقاضي، جاز[٧].

المسالة الثانية: لا تثبت العدالة بمجرد رقعة المزكي، لأن الخط لايعتمد على ماسبق[٨]، وإنما يكتب القاضي إلى المزكي، لأنه قد يحتاج إلى البحث، والتدبير الطويل، فكانت المراجعة بالرقاع أحسن، ثم الاعتماد على مايجري أخيراً.

وعن القاضي الحسين جواز الاعتماد على الرقعة، كما عليه العمل، ثم ذكر في "الوسيط" تفريعاً على الأول: أن الإصطخري قال: لا[٩] يكفي رسولان مع الرقعة، وإن الأظهر: وجوب المشافهة، وهذا ما أورده في الكتاب[١٠]، وهو بيِّن إن كان القاضي

---

(١) وهو المذهب. انظر الروضة ١٧٢/١١، ومغني المحتاج ٤٠٤/٤.

(٢) انظر: الوجيز ٢٤٢/٢.

(٣) انظر: ٣١٨/٧.

(٤) هما الأول: لابد من المشافهة على الأصح.
والثاني: تكفى الكتابة والرسالة. وهو ضعيف.
قال في مغني المحتاج: "وهذا ما اختاره القاضي حسين وأصحابه وعليه عمل القضاة الآن من اكتفائهم برؤية سجل العدالة". انظر: ٤٠٣/٤.

(٥) في: أ، ب، ظ: إنه نذكره.

(٦) حرملة بن يحيى بن عبد الله بن حرملة المصري، أبوحفص كان إماماً في الفقه والحديث، أحد المشاهير من أصحاب الشافعي وكبار رواة مذهبه، صنف "المبسوط" و "المختصر". ولد سنة ست وستين ومائة، ومات في سنة ثلاث وقيل: أربع وأربعين ومائتين رحمه الله.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢١٢/٢، وتهذيب التهذيب ٢٠١/٢، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٦١/١.

(٧) في: أ "يجوز".

(٨) وهو الصحيح. انظر: الروضة ١٧٢/١١ وص ٣٧٢.

(٩) "لا" ليست في: أ، ب، ظ.

(١٠) الوجيز ٢٤٢/٢.

يحكم بشهادة المزكين[١]، أما إذا ولى بعضهم الحكم بالعدالة والجرح، فليكن كتابه، ككتاب القاضي إلى القاضي، وليكن الرسولان كالشاهدين على كتاب القاضي.

المسألة الثالثة[٢]: لايقبل الجرح المطلق، بل لابد من بيان سببه[٣] خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله[٤].

لنا: أن الجارح قد يبني الجرح على ظن خطأ، كما قال: الشافعي رضي الله عنه "رأيت[٥] بمصر مزكياً يجرح رجلاً فسُئِلَ عن سببه وأُلِحَّ عليه، فقال: رأيته يبول قائماً" قيل: وما في ذلك قال: ترد الريح من رشاشه على بدنه، وثيابه فيصلي فيه. قيل: أرأيته[٦] قد أصابه الرشاش، وصلى قبل أن يغسل ما أصابه، قال: لا"[٧].

وأيضا فالمذاهب[٨] فيما يوجب الفسق مختلفة، فلابد من البيان ليعمل القاضي باجتهاده. ويجوز أن يقال: إذا عرف القاضي أنه لايطلق الفسق إلا إذا تحقق سببه يجوز اعتماده، كما ذكرنا في الخبر عن نجاسة الماء في أبواب الطهارات[٩]. وأما التعديل فلاحاجة فيه إلى بيان السبب، لأن العدالة بالتحرر عن أسباب الفسق، وهي كثيرة يعسر ضبطُها، وعدُّها، وفي "العدة" ذُكر وجه ضعيف: أنه يجب بيان سبب التعديل أيضاً، وهل يكفي أن يقول هو عدل؟[١٠]

---

(١) وهو المذهب. انظر: الروضة ١١/١٧٢، ومغني المحتاج ٤/٤٠٣.

(٢) "المسألة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) "صريحاً. كقوله: هو زان، أو قاذف، أو سارق، ونحو ذلك، أو يقول مايعتقده من البدعة المنكرة". ذكره في مغني المحتاج ٤/٤٠٤، ثم قال: "محل الخلاف في غير المنصوب للجرح والتعديل ـــــ أما هو فليس للحاكم سؤاله عن السبب" انظر ٤/٤٠٥.

(٤) انظر: الهداية ٣/١٣٠.

(٥) "رأيت" ليست في: أ.

(٦) في: أ، ب، ظ "قد رأيته".

(٧) انظر: الأم ٦/٢٠٥.

(٨) في: أ "فالمذهب".

(٩) انظر: الوجيز ١/١٠، والروضة ١/٣٥ وما بعدها.

(١٠) الأصح نعم. أن يقول هو عدل. انظر: الروضة ١١/١٧٣، ومغني المحتاج ٤/٤٠٥.

قال في "الأم"[١]، و "المختصر"[٢]، لا يقبل التعديل حتى يقول عدل "علي ولي" فأخذ بظاهره آخذون، وعللوا اشتراطه بمعنيين.

أحدهما: عن أبي إسحاق: أن الإنسان قد يُعدَّل على الإطلاق، وقد يعدل في شيء دون شيء، وعلى شخص دون شخص.

وقوله: "هو عدل" بمجرده لايفيد العدالة المطلقة، كقولنا: فلان صادق، فإذا ضم إليه قوله: عليٍّ، وليّ، فقد أشار إلى العدالة المطلقة.

والثاني: أن اشتراطه ليتبين أنه ليس بوالد، ولا ولد[٣]، فإن تزكية الولد والوالد[٤] غيرُ مقبولة، كالحكم لهما، وقال آخرون منهم: الإصطخري، وأبو علي الطبري: يكفي أن يقول: هو عدل، والزيادة عليه تأكيد، وهذا أقوى، وأصح على ماذكره صاحب "التهذيب" وغيره. والمعنيان ضعيفان[٥].

أما الأول: فلأن العدالة قضية عامة لايوصف بها إلا من واظب على المفروضات واجتنب المحرمات، وبتقدير أن يكون الرجل عدلاً في شيء. دون شيء[٦].

قوله: "علي ولي" لايفيد العدالة المطلقة كقول القائل، فلان صادق عليّ ولي، فإنه لايقتضي صدقه في كل شيء.

وأما الثاني فمن وجهين:

أحدهما: أن في قبول تزكية الوالد والولد، وجهين. إن قبلناها: سقط الكلام[٧] وهو الذي أجاب به أبوالحسن العبادي، فلا نُسَلِّمُ أن قولهُ "عدل علي ولي" يُفهم أنه ليس بوالد، ولا ولد، وهذا لأن العدل، عدل على أبيه، وابنه، ولهما، إلا أنه لا تقبل

---

(١) انظر ٦/٢٠٥.

(٢) انظر: ص ٣١٢.

(٣) في: ز "بولد ولا والد".

(٤) في: أ، ب، ظ: "الوالد والولد".

(٥) انظر: الروضة ١١/١٧٣.

(٦) "دون شيء" ليست في: أ.

(٧) في: أ، ز "وإلا" لعلها زائدة.

شهادته لهما، لمعنى البعضية، وبتقدير أن يفهم نفي البعضية، فالمعتبر[١] / أن لا تكون (٤٧٣/ز)
هناك بعضية، فإما أن يتعرض له مطلقاً[٢] [فلم][٣] و[٤]هذا كما أن الشاهد لغيره ينبغي
أن لايكون أباً له، ولا ابنا، ولا يشترط أن يقول لست بأبٍ ولا ابن.

والثاني: أنه لو كان الغرض بيان أنه ليس بأبٍ، ولا ابن، فهذا الغرض يحصل بقوله، هو عدل لي، فإن من تقبل شهادته له لايكون أباً ولا ابناً[٥]، فليخرج. قوله "عليّ" ومما يؤيد الوجه الثاني: أن[٦] القاضي ابن كج نقل عن جماعة من الأصحاب أنهم جعلوا قول المزكي هو عدل مرضي، أو رضي مقبول[٧] الشهادة كافياً[٨] مغنياً عن قوله: "عليَّ ولى" وحكوه عن نصه في حرملة، ومعلوم أن هذه الزيادات، لا تشتمل على معنى "عليّ ولِي"، قول على أن ذكره جرى تأكيداً، ثم حكى هذا القاضي تفريعاً على اعتبار كلمتي "علي، ولي" وجهين: أن اعتبارهما مخصوص بأخبار المسؤلين أصحاب المسائل، أو شامل لأخبارهم، إياهم، ولأخبار أصحاب المسائل القاضي ولا فقه في الفرق، ولا يحصل التعديل بقوله: لا أعلم منه إلا خيراً، لأنه قد لايعرف منه إلا الإسلام، وبقوله[٩]، لا أعلم منه مايوجب ردَّ الشهادة، ولأنه قد لايعرف مايوجب القبول أيضاً[١٠]. والله أعلم.

ولا يخفي بعدما ذكرنا المواضع المستحقة للعلامات من لفظ الكتاب، وأن قوله: "ولايعتمد في الجرح إلا العيان" غير معمول بإطلاقه، وقوله: في الكتاب: "فيقول أشهد أنه عدل مقبول الشهادة ينبغي أن يُعرف فيه شيئان:

---

(١) في: ب، ظ "والمعتبر".
(٢) في: أ ، ز : "لفظاً".
(٣) "فلم" هكذا في جميع النسخ. ولا يظهر لها معنى.
(٤) "و" ليست في: أ.
(٥) في: ز : ابنا ولا أباً.
(٦) "إن" ليست في: أ.
(٧) في: ب، ظ "أو مقبول".
(٨) في: ب، ظ "وافياً".
(٩) في: ب، ظ بقول.
(١٠) "أيضاً" ليست في: ز.

أحدهما: أن الوصف بأنه مقبول الشهادة يجب أن يغني عن الوصف بالعدالة.

والثاني: أنَّ في هذا الكلام إشعاراً بـأن المزكـي يتوظـف عليـه بيـان أن شـهادته مقبولة في الحادثة، ويوافقه قولنا: من قبل: أن القاضي يكتب اسم المشهود عليه، فقد تكون بينه وبين الشاهد، عداوة، واسم المشهود له فقد تكون بينهما ولادة،وعلى هـذا، فالمزكي، كما يحتاج إلى البحث عن العدالة،إذا لم يعرف بنفسه يحتاج إلى البحث عن المروءة، وعن التيقظ، لكن يشبه أن يقال: إن الحال تختلف بحسب سؤال[١] القاضي، إن سأل عن قبول شهادته في الحادثة، تعرض المزكي للقبول واحتاج إلى الأبحاث المذكورة، إذا لم يُعرف، وإن سأل عن عدالته كفاه التعرض لها.

[فصل: في ارتياب القاضي بالشهود ونحو ذلك]

(قال [الغزالي]: فإن ارتاب القاضي بعد التزكية لتوهم غلط الشاهد، فليبحث وليسأل[٢] عن التفصيل، فربما يختلف كلام الشاهد، فإن أصرَّ على إعادة الكلام الأول، جاز له ذلك، وعلى القاضي الحكم بعد البحث. وإن بقيت الريبة. وبيِّنةُ الجرح تُقدَّم[٣] على بينة التعديل. وقول الواحد في الجرح، لا يُقابل بينة التعديل.

ولايجوز الجرح، والتعديل بالتسامع، فإن شهد مرة أخرى روجع[٤] المزكي ثانياً إن طال الزمان).

[قال الرافعي] فيه فروع: أحدها: إذا ارتاب القاضي بالشهود، أو توهم غلطهم، لخفة عقل وجدها فيهم، فينبغي أن يفرقهم، ويسأل كل واحد منهم عن وقت تحمل الشهادة، عاماً وشهراً، ويوماً، وغُدْوةً[٥] وعشية، وعن

---

(١) في: ز "السؤال".

(٢) في: أ "يسأل".

(٣) في: ز "مقدمة".

(٤) في: ظ "فرجع".

(٥) في: أ "أو" والغُدْوة: هي مابين صلاة الصبح وطلوع الشمس. انظر: المصباح ٢/٤٤٣.
"وعشية" مؤنثة. قيل: مابين الزوال إلى الغروب٠٠٠ وقيل: هو آخر النهار٠٠٠ وقيل: من الزوال إلى الصباح. انظر: المصباح ٢/٤١٢.

مكان[١] محلة، وسكة، وداراً وصفة، أو صحناً، ويسأل أنه تحمل وحده إن كان هناك غيره، وأنه كتب شهادته، أم لا، وكتب قبل ماكتب فلان أو بعده، وكتبوا بِحِبْرٍ أو مدادٍ[٢] وما أشبه ذلك ليستدل على صدقهم إن اتفقت كلمتهم، ويقف على عودة إن لم تتفق.

ويقال: إن أول من فرق الشهود دانيال[٣] النبي عليه السلام شهد عنده شهود بالزنا على امرأة ففرقهم، وسألهم فقال: أحدهم زنت بشابٍ تحت شجرة كُمِّثْرَى. وقال آخر: تحت شجرة تُفَّاحٍ، فعرف كذبهم[٤].

وإذا أجاب بعضهم عما سأل، لم يدعه يرجع إلى الباقين حتى يسألهم أيضاً كيلا يخبرهم الأول بجوابه، ومهما اتفقوا في الجواب، ولم يتعرضوا للتفصيل، ورأى أن يعظهم، ويحذرهم عقوبة شهادة الزور، فعل، فإن أصروا، وجب القضاء، إذا تحقق شرطه[٥]، ولا عبرة بما يبقى من ريبة، وإن لم يجد فيهم خفة عقل، ومخيلة نقصٍ، فالمنصوص، والمشهور أنه لايفرقهم[٦]، لأن فيه غضاً منهم، وذكر القاضي "الروياني" في "جمع الجوامع" : أنه يفرقهم أيضاً، ليقف على عودةٍ[٧] إن كانت".

---

(١) في: أ، ب، ظ: "مكانه".

(٢) في: ب، ظ "بمداد".

(٣) هو: دانيال بن حز عليه الصلاة والسلام. قيل: الأصغر: نبي من أنبياء بني اسرائيل. ذكر ابن كثير شيئاً من أخباره. انظر: البداية والنهاية ١/ ٤٠ و ٤١.

(٤) حديث: "إن أول من فرق الشهود دانيال..."
أخرجه البيهقي ٨٠/ ٤٠٩، كتاب الحدود، باب شهود الزنا إذا لم يجتمعوا على فعل واحد فلا حد على المشهود. وانظر: البدر المنير ٢/ ٤٣٤.
وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/ ١٩٤ "... البيهقي من رواية أبي إدريس قال: كان دانيال أول من فرق بين الشهود. فذكره مطولاً".
وقد روى الحسن بن سفيان في مسنده، وابن عساكر في ترجمة سليمان من طريقه من حديث ابن عباس قصة طويلة لسليمان بن داود في الأربعة الذين شهدوا على المرأة بالزنا، لكونها امتنعت منهم أن يزنوا بها، فأمر داود برجمها فمروا على سليمان، ففرق الشهود، ودرأ الحد عنها، فعلى هذا هو أول من فرق".

(٥) في: ب، ظ : "شروطه".

(٦) انظر: الأم ٦/ ٢٠٤، والروضة ١١/ ١٧٣، ومغني المحتاج ٤/ ٤٠٩.

(٧) "عورة" هكذا في جميع النسخ والروضة. والصواب "عودة" كما اثبتناه والله أعلم.

وقال: في "التهذيب": إن فرقهم بمسألة الخصم فلا بأس.

فإن قلت: متى يفرقهم القاضي قبل التزكية، أو بعدها[١] وهل[٢] هذا التفريق، والاستفصال[٣] واجب، أو مستحب؟ قلنا: أما الأول: فإن صاحب الكتاب: أمر بالبحث، والاستفصال بعد التزكية، والذي ذكره أصحابنا العراقيون، وغيرهم: أنه يقدم التفريق، والاستفصال على الاستزكاء، وهو الوجه[٤]: فإنه إن[٥] اطلع على عودة استغنى عن الاستزكاء، والبحث عن حالهم، وإن لم يطلع، فإن عرفهم بالعدالة قضى، وإن لم يعرفهم، فحينئذ يستزكي.

وأما الثاني: فإن الإمام، وصاحب الكتاب، في "الوسيط"[٦] حكما بالوجوب، وقالا: لو ترك الاستفصال، وقضى مع الارتياب لم ينفذ قضاؤه، وعامة الأصحاب، وفيهم القاضي ابن كج، وصاحب "التهذيب" اقتصروا على الاستحباب[٧]، وهو الموافق للفظ[٨] "المختصر"[٩] وربما اقتضى[١٠] إيراد[١١] بعضهم الفرق بين أن يسأل الخصم التفريق، فيجب، لأنه قد يعرف منهم مالايعرفه القاضي أو لا يسأل فلا يجب.

الثاني[١٢]: تقدم بينة الجرح على بينة التعديل، لأن عند الجارح زيادة علم[١٣] خفي على المعدل[١٤]، وذلك لأن المعدل بنى على ماهو الأصل، و[١٥] الظاهر من حال

---

(١) في: ز "بعد التزكية أو قبلها".
(٢) "هل" ليست في: أ.
(٣) في: أ، ب، ظ "الاستيصال".
(٤) الصحيح في المذهب. وانظر: الروضة ١١/١٧٣، ومغني المحتاج ٤/٤٠٦.
(٥) "إن" ليست في: ب، ظ.
(٦) انظر ٧/٣٢٠.
(٧) وهو الصحيح. انظر: المصدرين السابقين.
(٨) "للفظ" ليست في: أ، ب، ظ.
(٩) انظر: ص ٣٠٣.
(١٠) "اقتضى" ليست في: أ، ب، ظ.
(١١) في: أ "أراد".
(١٢) أي الفرع الثاني.
(١٣) في: ب، ظ "على".
(١٤) في: أ "المعدول".
(١٥) "و" ليست في: ب، ظ.

المسلم، والجارح اطلع على ماينسخ ذلك الأصل، وينقل عنه، وشُبه ذلك بما لو قامت بينة على الحق، وبينةٌ على الإبراء حيث[١] تقدم بينة الإبراء.

ولو انعكست القضية، بأن قال: المعدل قد عرفت السبب الذي ذكره الجارح، لكنه قد تاب عنه، وحسنت حاله[٢]، فتقدم بينة التعديل، لأن مع المعدل، والصورة / (٤٧٤/ز) هذه زيادة علم، كذلك ذكره جماعة، منهم صاحب "الشامل"، وقول الواحد في الجرح لايقابل بينة التعديل، فضلاً عن التقدم، لأن نصاب الجرح لم يتم.

الثالث: إذا عُدِّل الشاهد، ثم شهد في واقعة أخرى، نظر أن لم يطل الزمان يُحكم بشهادته، ولا يطلب تعديله ثانياً. وإن طال، فوجهان، أحدهما: أنّ الجواب كذلك[٣]، لأن عدالته قد ثبتت من قبل، والأصل استمرارها.

وأظهرهما[٤]: وهو المذكور في الكتاب، وبه قال: أبوإسحاق: أنه[٥] يطلب تعديله ثانياً، لأن طول الزمان يغير الأحوال، ويجتهد الحاكم في طول المدة، وقصرها.

وأما قوله في الكتاب: "ولايجوز الجرح والتعديل، بالتسامع"، فيه توقف".

أما طرف الجرح، فقد ذكر الإمام الجواب، كما ذكره، لكنّا حكينا من قبل: أن جماعة من الأصحاب جوزوا الجرح بالاستفاضة، والتسامع، والاستفاضة، متقاربان، إلا أن يقال: المراد من التسامع، مطلق بلوغه، سماعاً، وذلك غير كافٍ، فإنه لو سمع شخصين، أو عدداً يسيراً، لم يجز الجرح بالاتفاق، والاستفاضة تحصل بعدد وافرٍ، فلا يختلف النقلان.

وأما في[٦] طرف التعديل فقد مرّ[٧]، أنه يعتبر في المعدل الخبرة الباطنة[٨]،

---

(١) "حيث" ليست في : أ، ب، ظ.

(٢) في: أ، ب، ظ "حالته".

(٣) في: ز "لذلك".

(٤) انظر: الوجيز ٢/٢٤٣، والروضة ١١/١٧٤، ومغني المحتاج ٤/٤٠٥.

(٥) "أنه" ليست في: ب، ظ.

(٦) "في" ليست في: ز.

(٧) في: ز "غير واضحة".

(٨) انظر: الروضة ١١/١٧٠، ومغني المحتاج ٤/٤٠٦.

فيوافقه القول[١]: بأنه لايجوز التعديل بالتسامع، لكن[٢] المخبرين الذين تحصل بهم الاستفاضة، لو كانوا خبيرين بباطن حاله، وسمع منهم عدالته، فلايبعد أن يجوز له التعديل، وتقام خبرتهم مقام خبرته، كما أقيم في الجرح رؤيتهم مقام رؤيته وا لله أعلم

[فصل في شهادة المسافرين والمجتازين من القوافل].

[قال الرافعي] ذنابة:شهادة المسافرين والمجتازين من القوافل، كشهادة غيرهم في الحاجة إلى التعديل، فإن حصل التعديل من مزكيين في البلد، أو عدل مزكيان اثنين من رفقاء القافلة، ثم هما عدلا الشاهدين، قبلت الشهادة، وإلا فلا.

وعن مالك: أن شهادتهم مقبولة عند توسم[٣] الخير والصلاح فيهم[٤].

وذكر ابن "القاص": أن القاضي لو سأل عن عدالة الشهود، بعدما خرج عن محل ولايته، فعدلوا، يجوز أن يقضي بشهادتهم بعد العود إلى محل ولايته، إذا جوزنا له أن يقضي بعلم نفسه[٥]، ولم يرتضه ابوعاصم[٦] العبادي وآخرون. وقالوا: القياس منعه، كما لو سمع البينة خارج ولايته.

[فصل في شهادة الحسبة]

وتقبل شهادة الحسبة على العدالة، والفسق، لأن البحث عن حال الشهود، وامتناع الحكم بشهادة الفاسق لحق ا لله تعالى. ذكره القاضي أبوسعد الهروي.

ولو عُدِّلَ الشاهد، والقاضي تحقق[٧] فسقه بالتسامع.

قال الإمام الذي يجب القطع به، أنه يتوقف ولا يقضي[٨].

---

(١) في: أ "القبول".

(٢) في: ب، ظ: "ولكن".

(٣) في: ب، ظ "توهم".

(٤) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٥.

(٥) انظر: أدب القاضى ١٤٨/١ و ١٥٢.

(٦) في: أ "العاصم" وهو خطأ. وانظر: الروضة ١٧٤/١١، ومغني المحتاج ٤٠٦/٤.

(٧) في: أ "يتحقق".

(٨) انظر: التهذيب ٢٢٩/٨، الروضة ١٧٤/١١.

[الباب الثالث: في القضاء على الغائب]

(قال [الغزالي) : الباب الثالث في القضاء على الغائب وهو نافذ، ويتعلق النظر بأركان: الأول الدعوى، وليكن معلوماً، أعني جنس المال، وقدره، وصريحاً: وهو أن يقول: إني مطالب به، ولا يكفي قوله: لي عليه كذا.

وليكن معه بينة. ويدعي جحود الغائب. فإن[١] أقرَّ بأنه[٢] معترف لم تسمع بينته. وإن لم يتعرض لجحوده، فوجهان).

[قال الرافعي] القضاء على الغائب جائز في الجملة[٣]. وبه قال: مالك[٤] وأحمد[٥]، واحتج الأصحاب بما روي أنه ﷺ قال: لِهِنْدَ[٦] "خُذِي مَايَكْفِيكِ وَوَلَدكِ بالمَعْرُوفِ"[٧]. (٤٨٦/ز)

وكان ذلك قضاءً على زوجها أبي سفيان، وهو غائب. وبأن عمر رضي الله عنه قال: في قصة[٨] في الأُسَيْفِع[٩]، مَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا غَداً، فإِنَّا بائعوا ماله،

---

(١) في: أ، ب، ظ: "وإن".

(٢) في: ز "أنه".

(٣) انظر: الأم ٢١٥/٦، والحاوي ٢٨٤/٢٠ و ٢٨٥، والمهذب ٣٨٨/٢، والروضة ١٧٥/١١، ونهاية المحتاج ٢٥٥/٨.

(٤) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٣.

(٥) انظر: المقنع ص ٢٣٢، والمغني ٩٣/١٤.

(٦) وهي: هند بنت عتبة بن ربيعة القرشية، صحابية، عالية الشهرة. أم الخليفة الأموي "معاوية" لها أخبار قبل إسلامها مشهورة أسلمت عام الفتح، وحسن إسلامها رضي الله عنها، توفيت في خلافة عثمان رضي الله عنها. انظر: الإصابة ٤٢٧/٤، والإستيعاب ٤٢٤/٤ - ٤٢٧ والاعلام ٩٨/٨.

(٧) الحديث: متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه ١٩٣/٦، من كتاب النفقات باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه مايكفيها وولدها بالمعروف، وأخرجه مسلم في صحيحه من كتاب الأقضية، قصة هند ٨/١٢ و ٩.

(٨) في: أ، ب، ظ "في خطبته في قصة".

(٩) الأُسَيْفَعُ: بضم الهمزة، وفتح السين، وإسكان الياء، وفتح الفاء، رجل من جهينة. كان يبتاع الرواحل فَيُغْلِي بها فدار عليه الدين حتى أفلس، فقال عمر: قوله فيه.

انظر: الموطأ ٧٧٠/٢، وتهذيب الأسماء واللغات ١٢٣/١، والتلخيص ٤٠/٣ و ١٩٧/٤.

وقاسِموه بيْنَ غُرَمَائه"[١]. وكان ذلك الرجل غائباً. وبأن البينة مسموعة على الغائب بالاتفاق، فليجز الحكم بها[٢] كالبينة المسموعة على الحاضر الساكت، وبأن الحكم على الميت، والصغير جائز، والموت، والصغر، أعظم في العجز[٣] عن الدفع من الغيبة.

وقال أبوحنيفة[٤]: لايجوز القضاء على الغائب، إلا إذا كان للدعوى اتصال بحاضر، بأن قال: لي على فلان الغائب كذا، وهذا كفيله، أو شريكه، أو أحالني على هذا الحاضر، أو باع من هذا الحاضر كذا، وأنا شفيع مطالب، أو ادعت الزوجة النفقة على زوجها الغائب[٥]، وأن له على هذا كذا، وفي يد هذا كذا، أو ادعى إتلاف مال على جماعة، أحدهم حاضر، والباقون غُيَّبُ، وعن صاحب "التقريب" أن حرملة، روى في المسألة قولاً كمذهب أبي حنيفة. والمذهب المشهور ماسبق[٦].

[فصل : في الركن الأول: الدعوى]

وإذا عرف ذلك، فالكلام في القضاء على الغائب، يتعلق بأطراف، كل واحد منها ركن لمسائل[٧] الباب:

أحدها: الدعوى: ويشترط في الدعوى على الغائب، ما يشترط في الدعوى على الحاضر[٨] من بيان جنس المدعى، وقدره، وصفته، وقوله: إني مطالبٌ بالمال. ولا

---

(١) والحديث أخرجه مالك في الموطأ ٢/٧٧٠ عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزني عن أبيه: أن رجلاً من جهينة كان يسبق الحاج فيشتري الرواحل فيغْلي بها، ثم يسرع السير فيسبقُ الحاج فأفلس، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال: أما بعد. أيها الناس الحديث".
انظر: الموطأ ٢/٧٧٠ من كتاب الوصية، باب جامع القضاء وكراهيته.
وأخرجه البيهقي ١٠/٢٣٨، من كتاب آداب القاضي، باب من أجاز القضاء على الغائب.
وانظر: البدر المنير ٢/٨٣. والتلخيص ٣/٤٠ و ٤/١٩٧.

(٢) في: ز "عليه بها".

(٣) في: ظ "في العفو".

(٤) انظر: الهداية ٣/١٠٧، وفتح القدير ٦/٤٠٠، ومعين الحكام ص ٦٠.

(٥) في: ظ " في أن له".

(٦) وهو: "أنه يجوز القضاء على الغائب". انظر: الحاوي ٢١/٢٨٤، والمهذب ٢/٣٨٨، والروضة ١١/١٧٥، ومغني المحتاج ٤/٤٠٦.

(٧) في: ب "فمسائل".

(٨) في: ب "الحاضرين".

يكفي الاقتصار على قوله:"لي عليه كذا"على ما سيأتي ذلك بشرحه في باب الدعوى[1].

وينبغي أن يكون على المدعى عليه[2]. بينة وإلا فلا فائدة للدعوى، على الغائب، وأن يدعي جحود الغائب، فإن قال[3]: هو مقر لم تسمع بينته، ولغى دعواه[4]، وإن لم يتعرض لجحوده، ولا لإقراره، فوجهان، ميل الإمام[5] منهما إلى أن بينته تسمع، لأنه قد لايعلم جحوده في غيبته، ويحتاج إلى إثبات الحق، فلتجعل غيبته كسكوته.

والثاني: لا تسمع إلا عند التعرض للجحود، لأن البينة إنما يحتاج إليها عند الجحود[6]، فعلى هذا يشترط أن يقول: هو جاحدٌ، وعلى الأول الشرط أن لايقول: هو مقرٌ.

ورأيت فيما جمع من فتاوى القفال[7] أن هذا كله فيما إذا أراد إقامة البينة على مايدعيه، ليكتب القاضي به إلى حاكم بلد الغائب، فأما إذا كان للغائب مالٌ حاضر، وأراد إقامة البينة على دينه ليوفيه القاضي، فإن القاضي يسمع بينته ويوفيه، سواء قال: هو/ مقرٌ أو جاحدٌ، أو قال: لا أدري أهو مقر، أو جاحدٌ، وهل على القاضي (٤٧٥/ز)
لسماع[8] الدعوى على الغائب، أن ينصب مسخّراً[9] ينكر على الغائب؟ فيه وجهان:

---

(١) انظر: الوسيط ٧/٤٠٠، والوجيز ٢/٢٦٠، والروضة ١٢/٣.

(٢) في: أ، ب، ظ "المدعي".

(٣) "قال" ليست في: ظ.

(٤) [ولغى دعواه] هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب "ولغت دعواه" والله أعلم.

(٥) "الإمام" ليست في: ظ.

(٦) في: ز "عند الشهود".

(٧) نُقِلَ بهامش ٣ بالعزيز ٥١١/١٢ الآتي: "قال في القوت: وقفت على نسختين مما جمع من فتاوي القفال، ورتبت مسائلها على الأبواب. فإنها مبددة فلم أر بعد التقصي فيها مانقله الرافعي، وهو الثقة الأمين، فلعلها عن غيره، أو أغفلت، أو جمع له فتاوى أخرى ثم ساق الذي رآه ولم يكن فيه شيء من الذي نقله عن الرافعي، ولعل النسخ مختلفة، وما نقل عن القفال فقهه ظاهرٌ جلي. قاله البكري".

(٨) في: ب، ظ "سماع".

(٩) قال في المصباح ٢٦٩/١ "والسُخْرَه" وزن غرفة ما "سخرت" من خادم، أو دابة بلا أجر، ولا =

أحدهما : نعم لتكون البينة على إنكار منكره وأصحهما:على ماذكره في "التهذيب"[1]: لا، لأن الغائب قد يكون مقراً، فيكون إن إنكار المسخر كذباً[2]. وقضية هذا التوجيه أن لايجوز نصب المسخر، لكن الذي ذكره أبوالحسن العبادي، وغيره أن القاضي مخير إن شاء نصب عنه، وإن شاء لم ينصب.

[فصل : في الركن الثاني: وهو المدَّعي]

(قال [الغزالي]: الركن الثاني: المدَّعِي ويحلفه القاضي بعد البينة على عدم الإبراء، والاستيفاء، والاعتياض، ويجب ذلك على أحد الوجهين، وإن كان الدعوى على صبي، أو مجنون، أو ميت، وجب وجهاً واحداً، ولا يجب التعرض في اليمين لصدق الشهود، وإن[3] ادعى وكيله على الغائب، فلا يمكن اليمين، ويسلم الحق. بل لو قال: المدعىٰ عليه الحاضر لوكيل المدعي أبرأني موكلك الغائب لم ينفعه، بل يسلم المال، ثم يثبت الإبراء).

[قال الرافعي]

كما يعتبر في الدعوى على الغائب مايعتبر في الدعوى على الحاضر، وزيادة يعتبر، في المدعى على الغائب، مايعتبر في المدعي على الحاضر، وزيادة، وهي أن يحلف مع البينة، واعلم أنه لو ألحق التحليف بركن الدعوى،وقيام البينة بركن المدعي. فقيل: يعتبر التحليف في الدعوى على الغائب،والمدعي على الغائب، لابد له من البينة على عكس مافي "الكتاب" لجاز، وليس في هذا ترتيبٌ محققٌ، ثم في التحليف ثلاث مسائل[4]:

إحداها: في وقت التحليف، وكيفيته، فيحلّف القاضي المدعي على الغائب، بعد قيام البينة، وتعديلها أنه ما أبرأ[5] عن الدين الذي يدعيه ولا عن شيء منه ولا

= ثمن. و"سخرته" في العمل بالتثقيل استعملته مجاناً. و "سخر الله الإبل ذللها وسهلها".

(١) التهذيب ١٩٨/٨، وانظر الروضة ١٧٥/١١، ومغني المحتاج ٤٠٧/٤.

(٢) في: أ "وكذا".

(٣) في: أ "وإن كان".

(٤) في: ز "مسائل ثلاث".

(٥) في: ب، ظ "أبرأه".

اعتياض[١]، ولا استوفى، ولا أحال عليه[٢]، ولا أخذ من جهته، بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه، يلزمه توفيره. ويجوز أن يقتصر، فيحلفه على ثبوت المال في ذمته، ووجوب التسليم، وإنما يحلف مع البينة، لأن المدعي عليه، لو كان حاضراً لكان له أن يدعي شيئاً من الجهات المذكورة، فيحلفه. فينبغي[٣] للقاضي أن يحتاط له، وكذلك يحلف مع البينة، إذا كانت الدعوى على صبي، أو مجنونٍ، أو ميت، ليس له وارث حاضر[٤]، فإن[٥] كان فيحلف بمثله[٦] الوارث.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب "ويحلفه القاضي" بالألف، والزاي، والواو، لأن أشهر الروايتين عن أحمد[٧] أنه لايحلفه، ويكتفي بالبينة، وحكى القاضي ابن كج عن المزني مثله[٨] وذكر الشيخ أبوعاصم أن أبا الحسين بن القطان روى عن أبي الحسين الطرسوسي[٩] من أصحابنا أن للشافعي قولاً مثله[١٠]. ولا يشترط التعرض في اليمين لصدق الشهود، بخلاف اليمين مع الشاهد، لأن البينة هاهنا كاملة، وفيه وجهٌ أنه يشترط.

---

(١) في: ز "ولا اعتاض".

(٢) في: أ "وهو".

(٣) في: ظ " ثم ينبغي".

(٤) في: أ، ب "خاص".

(٥) في: أ، ب، ظ "وإن".

(٦) في: ز "فيحلفه بمسألة".

(٧) انظر: المقنع ص ٢٣٢، والمغني ١٤/٩٣.

(٨) في: أ، ب، ظ "بمثله" وانظر المسألة في: المختصر ص ٣٠٧.
والمشهور أنه يحلفه في الدعوى على الغائب مع البينة. انظر: الروضة ١١/١٧٦، ومغني المحتاج ٤/٤٠٧.

(٩) هو: أبوالحسين بن حفيف الطرسوسي، لم يذكر له تاريخ وفاة. انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٥٢.
وفي طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٨٣. "هو أبوالحسن على بن الحسن الطرسوسي".
قال العبادي: هو معاصر أبي الطيب الساوي ... "وطرسوس" مدينة من عمل الروم على ساحل البحر مما يلي حلب.

(١٠) والقول: هو "أن الشافعي قال: إذا سمع القاضي البينة على الغائب عليه فلايجب تحليفه، لأن الغائب إذا رجع يحلفه". ابن قاضي شهبة ١/١٥٢.

الثانية: هذا التحليف واجبٌ، أو مستحبٌ؟ فيه وجهان. ويقال: قولان: أظهرهما: الوجوب، والثاني: أنه مستحب، لأن باب التدارك، إن كان هناك دافع غير متحتم، فالوجوب[١] في الصبي، والمجنون، والميت[٢]، أولى لعجزهم عن التدارك، لكن الخلاف مطردٌ كذلك[٣] حكاه أبوالحسن العبادي، وجماعة، وبُني على هذا الخلاف، مالو أقام قَيّمٌ طفل البينة على قيم طفل، فإن قلنا: بوجوب التحليف فننظر إلى أن يبلغ المدعي له، فيحلف، وإن قلنا: بالاستحباب، فيقضي بها. ونقل صاحب الكتاب القطع بالوجوب في الدعوى، على الصبي، والمجنون والميت[٤]،، فحصلت طريقان.

الثالثة: لو لم يدع بنفسه، ولكن ادعى وكيله على الغائب، فلا يحلف، ويوفر الحق إن كان للمدعى عليه مال هناك.

ولو كان المدعى عليه حاضراً، وقال للمدعي بالوكالة بعدما أقام البينة: أبرأني موكلك الغائب، وأراد التأخير إلى أن[٥] يحضر الموكل، فيحلف لم يمكّن منه، بل عليه تسليم الحق، ثم يثبت الإبراء من بعد إن كانت له حجة. ويقال: إن المسألة، وقعت بمرو[٦]، وتوقف فيها فقهاء الفريقين، ثم أفتى القفال بما ذكرنا[٧] ووجدت في تعليق الشيخ أبي حامد مثل هذا الجواب، في باب[٨] الوكالة. والسبب فيه: أنا لو وقفنا الأمر إلى أن يحضر الموكّل لانجرَّ الأمر إلى أن يتعذر استيفاء الحقوق بالوكلاء، وكذا لو ادعى قيم الصبي ديناً للصبي، فقال: المدعى عليه. إنه تلف عليٌّ من جنس مايدعيه، ماهو قضاء لدينه، لم ينفعه، بل عليه أداء ما أثبته القيم، فإذا بلغ الصبي حلّفه. ولو أن المدعى

---

(١) في: أ، ب، ظ "والوجوب".

(٢) في: ز "والميت، والمجنون".

(٣) في: أ "لذلك".

(٤) انظر: الوجيز ٢/٢٤٣، والروضة ١١/١٧٦، ومغني المحتاج ٤/٤٠٧.

(٥) "أن" ليست في: ظ.

(٦) "المروْ" بلد بخراسان، يقال لأحدهما: "مرو الشاهجان" وللأخرى "مَرْوُ روذ" ويقال: "مَرُّوذ". والنسبة "مرويٌّ" والنسبة إلى الثانية على لفظها "مرو رذي" وينسب إليها جماعة من أصحاب الشافعية. انظر: المصباح المنير ٢/٥٠٧، ومعجم البلدان ٥/١١٢ و ١١٣.

(٧) في: ب، ظ "ذكرناه".

(٨) في: ظ "كتاب".

عليه قال[١]: في مسألة الوكيل: أبرأني موكلك الغائب، فاحلف أنت أنك لاتعلم ذلك، قال الشيخ أبوحامد: عليه أن يحلف على نفي العلم، ومن الأصحاب من يخالفه فيه، ولا يحلف الوكيل. ولك أن تقول: قضية ماذكره الشيخ أن يحلف القاضي وكيل المدعى على الغائب على نفي العلم بالإبراء، وسائر الأسباب المسقطة نيابة عن المدعي عليه فيما ينكر[٢] منه، لو حضر كما ناب عنه في تحليف من يدعى عليه بنفسه.

فرع: يجوز القضاء على الغائب بشاهد ويمين، كما يجوز على الحاضر، وتكفي يمين واحدة، أم لابد من يمينين، إحداهما لتكميل الحجة، والأخرى لنفي المسقطات؟ فيه وجهان: أشبههما الثاني.

آخر: تعلق بإنسان وقال: أنت وكيل فلان الغائب، ولي عليه كذا، فأدّعي عليك، وأقيم البينة في وجهك، فإن علم أنه وكيل، وأراد أن لايخاصم، فليعزل نفسه، وإن لم يعلم، فينبغي أن يقول: لا أعلم أني وكيل، ولا يقول: لست بوكيل فيكون مكذباً لبينة عساها تقوم على الوكالة. وهل للمدعي إقامة البينة على وكالة من تعلق به؟ فيه وجهان:

ظاهر كلام أبي عاصم العبادي. نعم: لأن له فيها فائدة،وهي أن يستغني عن ضم اليمين إلى البينة، وأن يكون القضاء مجمعاً عليه، والأظهر: المنع، لأن الوكالة حقه، فكيف تقام البينة عليه قبل دعواه[٣].

---

(١) "قال" ليست في: ز.

(٢) في: أ "يتصور". وفي ز : "يتمكن".

(٣) انظر: الروضة ١٧٧/١١، ومغني المحتاج ٤٠٨/٤.

[فصل : في الركن الثالث: في كيفية إنهاء الحكم إلى القاضي الآخر]

(قال [الغزالي]: الركن الثالث: كيفية[١]/ إنهاء الحكم إلى القاضي الآخر، (٤٧٦/ز)
وذلك بأن يشهد شاهدين على تفصيل حكمه.

ويستحب أن يكتب ذلك في كتاب مختوم، والاعتماد على الشهادة، فلو شهدا بخلاف مافي الكتاب، جاز. فلو[٢] قال القاضي أشهدتكما على أن[٣] مافي الكتاب خطي، لم يكف ذلك. ولو[٤] قال: ما في الكتاب حكمي، فالأظهر: أنه لايكفي، مالم يفصل لهما ماحكم به. ولو قال: المقر أشهدتكما[٥] على ما في القَبَالة[٦]، وأنا عالم، فالصحيح أنه يكفي حتى إذا حفظ الشاهد القبالة أو ما فيها ويشهد على إقراره، جاز إذ الإقرار بالمجهول صحيح) .

[قال الرافعي] القاضي بعد سماع الدعوى والبينة على الغائب، تارة يقتصر عليه، وينهي الحال إلى قاضي بلد الغائب، ليحكم ويستوفي، وتارة يحلف كما[٧]مر[٨]، ويحكم، وعلى التقدير الثاني فقد يكون للغائب مال حاضر يمكن توفير الحق منه فيوفر، وقد لايكون كذلك، فيسأل المدعي القاضي إنهاء الحكم[٩] إلى قاضي بلد الغائب فيجيبه إليه.

وللإنهاء[١٠] طريقان: أحدهما: أن يُشهد على حكمه عدلين يخرجان إلى ذلك البلد، والأولى أن يكتب بذلك كتاباً أولاً، ثم يشهد.

---

(١) في: ب، ظ "في كيفية" وفي: ز "كيفية الإنهاء".
(٢) في: ز "ولو".
(٣) "أن" ليست في: ب، ظ.
(٤) في: أ، ب "فلو".
(٥) في: أ "أشهدتك".
(٦) وهي: بفتح القاف، والباء، واللام. اسم المكتوب من ذلك، لما يلتزمه الإنسان، من عمل، ودين، وغير ذلك". المصباح ٤٨٩/٢.
(٧) في: أ "على مامر".
(٨) انظر: الركن الثاني: في التحليف ص ٤١١. وانظر: الروضة ١٧٦/١١.
(٩) في: أ، ب، ظ "إنهاء حكمه".
(١٠) انظر: المختصر ص ٣-١، والحاوي ٢٧٩/٢٠، والمهذب ٣٨٨/٢، والروضة ١٧٨/١١، ومغني المحتاج ٤٠٩/٤.

أما الكتاب فصورته: حضر عافانا الله وإياك عندي فلان. وادعى على فلان الغائب المقيم ببلد كذا[١]، وأقام عليه شاهدين وهما[٢] فلان، وفلان، وقد عُدِّلا عندي، وحلَّفْتُ المدعي، وحكمت له بالمال، فسألني أن أكتب إليك في[٣] ذلك فأجبته إليه[٤] وأشهدت عليه فلاناً وفلاناً.

ولا يشترط تسمية الشاهدين على الحكم، ولا ذكر أصل الإشهاد، ولا النص على أسامي شهود الحق، بل يكفي أن يكتب شهد عندي شهود عدول، ويجوز أن لا يصفهم بالعدالة فيكون[٥] بشهادتهم تعديلاً لهم، ذكره في "العدة". ويجوز أن لايتعرض لأصل شهادة الشهود[٦]، فيكتب: حكمت بكذا بحجة أوجبت الحكم، لأنه قد يحكم بشاهد ويمين، وقد يحكم بعلمه إذا جوزنا القضاء بالعلم، وهذه حيلة يدفع بها القاضي، قدح أصحاب الرأي[٧]، إذا حكم بشاهد ويمين. وفحوى كلام الأصحاب وجهٌ مانعٌ من إبهام الحجة، لما فيه من سد باب الطعن، والقدح على الخصم.

ويستحب للقاضي أن يختم الكتاب، ويدفع إلى الشاهدين نسخة غير مختومة ليطالعاها[٨]، ويتذكرا[٩] عند الحاجة.

وأن يذكر في الكتاب نقش خاتمه الذي يريد الختم به، وأن يثبت اسم نفسه، واسم المكتوب إليه في باطن الكتاب، وفي العنوان أيضاً. وعن أبي حنيفة[١٠] أنه يشترط ختم الكتاب، وإثبات الاسمين في الباطن. وأما الإشهاد، فإن أشهدهما على أنه حكم

---

(١) في: ب، ظ "كذا وكذا".

(٢) "شاهدين وهما" ليست في: ز.

(٣) في: ز "أن أكتب له بذلك".

(٤) "إليه" ليست في: ز.

(٥) في: ز "ويكون".

(٦) في: ز "الشهادة الشهود".

(٧) وهم الحنفية. "فالكتاب لايثبت إلا بحجة تامة" أي بشهادة رجلين، أو رجل ومرأتين. انظر: الهداية ١٠٥/٣، وفتح القدير ٣٨٦/٦.

(٨) في: أ، ب، ظ "ليطالعها".

(٩) في: ظ "يتذكر".

(١٠) "ومحمد بخلاف أبي يوسف، فإنه لايشترط ذلك". انظر: فتح القدير ٣٨٧/٦.

بكذا، ولا كتاب، شهدا به، وقبلت شهادتهما، وإن أنشأ الحكم بين يديهما فلهما أن يشهدا به[١]، وإن لم يشهدهما.

وإن كتب ثم أشهد، فينبغي أن يقرأ الكتاب، أو يُقرأ بين يديه عليهما، ويقول: لهما أشهدا عليَّ بما فيه، أو على حكمي المبين فيه. وفي "الشامل" أنه لو اقتصر بعد القراءة على قوله[٢] هذا كتابي إلى فلان، أجزأ، وحكى القاضي ابن كج وجهاً: أنه يكفي مجرد القرآءة عليهما.

والأحوط أن ينظر الشاهدان في الكتاب، وقت القراءة عليهما، ولو لم يقرأ الكتاب عليهما، ولم يعلما مافيه. وقال القاضي[٣]: أشهدكما[٤] على أن هذا كتابي، وما[٥] فيه خطي، لم يكف، ولم يكن لهما أن يشهدا على حكمه، فإن الشيء قد يكتب من غير قصد تحقيقه.

وعن أبي حنيفة[٦]: أنه إذا دفع الكتاب إليهما مختوماً، وقال: هذا كتابي، كفى. ولو قال: أشهدكما على أن مافيه حكمي، أو على أني قضيت بمضمونه، ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه لايكفي مالم يفصل لهما ماحكم به[٧].

والثاني: وبه قال: الإصطخري: يكفي لامكان معرفة التفصيل بالرجوع إليه، ويجري الخلاف فيما لو قال: المقِرّ: أشهدتك على مافي هذه القبالة، وأنا عالم به، لكن الصحيح عند صاحب الكتاب، في الإقرار[٨] أنه يكفي حتى لو سلَّم القبالة إلى الشاهد، وحفظها الشاهد، وأمن التحريف، جاز له أن يشهد على إقراره، وفرق

---

(١) "به" ليست في: أ، ب.
(٢) "قوله" ليست في: ب. وفي: ظ "لو اقتصر على قوله".
(٣) "القاضي" ليست في: أ.
(٤) في: ظ "أشهدتكما".
(٥) في: أ "أو ما".
(٦) انظر: فتح القدير ٣٨٦/٦.
(٧) انظر: الروضة ١٧٩/١١، ومغني المحتاج ٤١٠/٤.
(٨) انظر: الوجيز ٢٤٣/٢.

بينهما بأنه مقر على نفسه، والإقرار بالمجهول صحيح، وأما القاضي فإنه مخير عن نفسه بما يرجع ضرره إلى غيره[١]، فالاحتياط فيه أهم، والذي أجاب به الصميري في "مختصر جمعه" في أحكام الشهادات: أنه لايكفي ذلك في/ الإقرار أيضاً، حتى يقرأه ويحيط بما (٤٧٢/ز) فيه، وذكر أنه مذهب الشافعي، وأبي حنيفة[٢]، ويشبه أن يكون هذا الخلاف في أن الشاهد هل يشهد على أنه أقرَّ بمضمون القبالة، على التفصيل.

فأما الشهادة على أنه أقرَّ بما في هذا الكتاب مبهماً، فما ينبغي أن يكون فيه خلاف، كسائر الأقارير المبهمة، وسواء شهد هكذا[٣]، أو هكذا فإنما يشهد إذا كان الكتاب محفوظاً عنده وأمن التصرف فيه، ثم هاهنا مسألتان:

إحداهما: أن التعويل على شهادة الشهود، والمقصود من الكتاب التذكر، ومن الختم الاحتياط، وإكرام المكتوب إليه، فلو ضاع الكتاب أو انمحى، أو انكسر الختم، وشهدا بمضمونه المضبوط عندهما قبلت الشهادة[٤]، وقضى بها. ولو شهدا بخلاف مافي الكتاب عمل بشهادتهما، وعن أبي حنيفة[٥] أن الشهادة لا تقبل إلا على الكتاب ولا يكفي الكتاب، المجرد لما سبق. أنه لا اعتماد على الخط.

وعن مالك: أن المكتوب إليه إذا وثق بالخط، والختم، قبله[٦]. وفي "المهذب"[٧] وجه مثله عن الإصطخري.

والثانية: لابد من إشهاد[٨] رجلين عدلين، فلا تقبل في الباب شهادة رجل وامرأتين خلافاً لأبي حنيفة[٩].

---

(١) في: أ "الغير".
(٢) انظر: الروضة ١١/١٧٩، ومغني المحتاج ٤/٤١٠، وفتح القدير ٦/٣٨٨.
(٣) "أو هكذا" ليست في: أ.
(٤) في: ز "شهادتهما".
(٥) انظر: فتح القدير ٦/٣٨٨.
(٦) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٢، ومواهب الجليل ٦/١٤٣.
(٧) انظر: ٢/٣٨٩.
(٨) في: ز "شهادة".
(٩) انظر: فتح القدير ٦/٣٨٦.

وحكى القاضي ابن كج وجهاً للأصحاب مثله إذا تعلقت الحكومة بمالٍ، وذكر أنه لو كان كتاب القاضي في[1] رؤية هلال رمضان، كفى شهادة واحد على قولنا: أنه يثبت الهلال[2] بشهادة واحدٍ، إجراءً للكتاب مجرى المكتوب فيه، وإنه لو كتب في الزنى، وجوزنا كتاب القاضي إلى القاضي/ في العقوبات فيثبت بشهادة (٤٧٧/ز) رجلين، أم لابد من أربعة؟ فيه وجهان: كالقولين في الإقرار بالزنى[3].

[ما يعمله القاضي إذا وصل إليه كتاب القاضي الآخر]

(قال [الغزالي]: ثم للشاهد على الحكم أن يشهد عند المكتوب إليه، وعند غيره، وإن لم يكتب القاضي في كتابه، إلى من يصل إليه من القضاة. وكذلك يشهد، وإن مات الكاتب،والمكتوب إليه[4] ولتكن عدالة شهود الكتاب ظاهرة عند المكتوب إليه. فلا يكفي تعديلهما في ذلك الكتاب، لأنه[5] إنما يثبت بشهادتهما).

[قال الرافعي] كتاب القاضي وحامله إذا انتهيا[6] إلى قاضي البلد الآخر، فيحضر الخصم، فإن أقرَّ بالمدعى[7]، استوفاه، وإلا شهد الشاهدان، أن هذا كتاب القاضي فلان، وختمه، حكم فيه لفلان بكذا، على هذا، وقرأه علينا، وأشهدنا به. ولو لم يقولا[8]: وأشهدنا به[9]. جاز. وعن أبي حنيفة أنه: لايجوز[10]. ولا يجوز أن يتعرضا لحكمه، ويقتصر على ذكر الكتاب، والختم، خلافاً لأبي حنيفة[11].

---

(١) "في" ليست في: ظ.

(٢) في: ز "الكتاب".

(٣) "الأظهر : اثنان. كغيره من الإقارير. والثاني: أربعة كفعله". انظر: الوجيز ٢٥٢/٢، والروضة ٢٥٢/١١، ومغني المحتاج ٤٤١/٤.

(٤) في: ظ "إليه فلا".

(٥) في: أ "أنه" وفي: ز "الذي".

(٦) في: أ، ب، ظ "انتهى".

(٧) في: أ ، ز "المدعى".

(٨) في: أ، ب "يقولوا".

(٩) "به" ليست في: ب.

(١٠) انظر: فتح القدير ٣٨٩/٦.

(١١) انظر: المصدر نفسه.

ثم في "التهذيب" و "الرقم" أن القاضي. إنما نقض[١] الختم بعد شهادة الشهود، وتعديلهم، وذكر القاضي أبوسعد الهروي: أنه يفتح القاضي الكتاب، أولاً. ثم يشهد الشهود، ويوافق هذا قول كثيرٍ من الأصحاب، أن الشهود يقرأون الكتاب، ثم يشهدون، ليقفوا على مافيه، ويعرفوا أنه[٢] لم يُحرَّفْ[٣]. وليس هذا خلافاً في الجواز.

وكيف وقد عرفت أن[٤] الختم من أصله لا اعتبار به، فكما[٥] تقبل الشهادة على مالاختم عليه، تقبل على مفضوض الختم، فضه القاضي أو غيره. وإنما الكلام[٦] في الأدب، والاحتياط.

ويحسن أن يقال: إن كان مافي الكتاب مضبوطاً لهم، فالأولى أن لا يفض حتى تتم الشهادة والتعديل، وإلا احتاجوا[٧] إلى مطالعة وتذكر، فيشهدون على الكتاب، والختم، ثم يفض فيقرأ عليهم، ثم يشهدون على حكمه بما فيه، وقد ذكر ابن القاص: في أدب القاضي[٨]: قريباً من هذا. إذا عرفت[٩] ذلك، ففي الفصل مسألتان:

إحداهما: يجوز أن يكتب القاضي[١٠] إلى قاضٍ معين، ويجوز أن يطلق فيكتب[١١] إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، وعن أبي حنيفة أنه لايجوز الإطلاق[١٢] الكلي: وللقاضي أبي سعد الهروي[١٣].

---

(١) في: أ "نفس".
(٢) في: أ "أنه عرف مافيه".
(٣) في: ز "لم يخرق".
(٤) "أن" ليست في: أ.
(٥) في: ب، ظ "وكما".
(٦) في: ز "إنما الخلاف".
(٧) في: أ ، ز "وإلا احتاجوا".
(٨) انظر: أدب القاضي ٣٤٦/٢، والتلخيص ص ٦٤٨، والمهذب ٣٨٩/٢، والروضة ١٨٠/١١، ومغني المحتاج ٤٠٩/٤.
(٩) في: أ، ب، ظ "عرف".
(١٠) "القاضي" ليست في: أ، ب، ظ.
(١١) في: أ "فكتب".
(١٢) في: أ "للإطلاق" وانظر: فتح القدير ٣٩٠/٦.
(١٣) "الهروي" ليست في: ز.

حكاية مبنية على ذلك. قال: تحملت شهادة مع الشيخ أبي سعد المتولي. على كتاب: حكمي من قاضي هراة[١] إلى مجلس القاضي الحسين وكانت الشهادة على الختم، والعنوان، إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، فرد القاضي الكتاب. وقال: الشهادة على الختم دون مضمون الكتاب، غير مقبولة عند الشافعي والعنوان من غير تعيين المكتوب إليه، غير جائز عند أبي حنيفة، فلا أقبل كتاباً اجتمع الإمامان على رده، كما أن من احتجم، ومس ذكره وصلى، لا تصح صلاته على المذهبين[٢]. وإذا كان الكتاب إلى معين فشهد شاهدا[٣] الحكم، عند حاكم آخر، فإنه تقبل شهادتهما، ويمضيه، وإن لم يكتب إليه، والى كل من يصل إليه من القضاة، اعتماداً على الشهادة. وعند أبي حنيفة: لاتقبل غير المعين شهادتهما، إذا لم يكتب وإلى كل من يصل إليه[٤]. ويجري هذا الخلاف فيما إذا مات الكاتب، وشهد الشاهدان على حكمه عند المكتوب إليه، أو مات المكتوب إليه، وشهدا عند من قام مقامه، فعند أبي حنيفة[٥]: لاتقبل شهادتهما، ولا يعمل بالكتاب، وعندنا[٦]: تقبل شهادتهما ويمضي الحكم، وأما إذا كان الكتاب بالحكم المبرم، فكما لو قامت البينة على حكم القاضي بعد موته. وأما إذا كان مقبول[٧] الشهادة فلأنه مشبه[٨] بالشهادة على الشهادة، وشهادة الفرع بعد موت الأصل مقبولة. والعزل، والجنون، والعمى، والخرس، كالموت.

ولو كتب القاضي إلى خليفته، ثم مات القاضي، أو عزل، تعذر على الخليفة القبول، والإمضاء. إن قلنا: إنه ينعزل بانعزال الأصل.

---

(١) في: ب، ظ "هرا" والصحيح "هراة" بلد بخراسان والنسبة إليه "هروي". انظر: المصباح ٦٣٧/٢.

(٢) فعند الحنفية ينقض الوضوء بالحجامة. انظر: الكتاب ١١/١، وعند الشافعية مس الذكر ينقض الوضوء. انظر: المهذب ٣٩/١، والوجيز ١٦/١.

(٣) في: أ، ب، ظ "شاهد".

(٤) انظر: فتح القدير ٣٩٠/٦.

(٥) انظر: فتح القدير ٣٨٩/٦.

(٦) انظر: المهذب ٣٨٩/٢، والروضة ١٨١/١١، ومغني المحتاج ٤٠٩/٤.

(٧) في: أ، ب "مقبولة".

(٨) في: ب "متشبه".

ولو أرتد القاضي[1] الكاتب، أو فسق، ثم وصل الكتاب إلى المكتوب إليه. فجواب ابن القاص[2]، وبه أخذ صاحب "المهذب"[3] و "التهذيب" وآخرون: أن الكتاب إن كان[4] بالحكم المبرم[5] أمضى، و لم يرد، لأن الفسق الحادث لايؤثر في الحكم السابق، وإن كان لسماع الشهادة، فلا يقبل الحكم، ولا يحكم به، كما لو فسق الشاهد قبل أن يحكم بشهادته.

وأطلق القاضي ابن كج القول: بأنه لايقبل كتابه إذا حدث الفسق من غير فرق بين كتاب، وكتاب. وفرق بينه، وبين الموت، بأن ظهور الفسق، يشعر بالحنث، وقيام الفسق، يوم الحكم، وهذا قضية إيراد الشيخ أبي حامد، وابن الصباغ.

الثانية: شهود الكتاب والحكم، لابد من ظهور عدالتهم، عند المكتوب إليه وهل تثبت عدالتهم بتعديل الكاتب[6] إياهم؟.

فيه وجهان عن القفال الشاشي[7]: نعم للحاجة.

والأصح المنع، لأنه تعديل قبل أداء الشهادة، ولأنه كتعديل المدعي شهوده. ولأن الكتاب إنما يثبت بقولهم، فلو ثبتت عدالتهم بالكتاب لثبتت عدالتهم بقولهم، والشاهد لايزكي نفسه.

[إنهاء الحكم إلى قاضٍ آخر بطريق الإشهاد والمكاتبة]

(قال [الغزالي]: وليذكر في الكتاب، اسم المحكوم عليه، واسم أبيه، واسم جده[8]، وحِلْيَتَه بحيث يتميز به. فإن ادعى المأخوذ أن في البلد من يشاركه في تلك

---

(١) "القاضي" ليست في: ب، ظ.

(٢) انظر: أدب القاضي ٣٥٨/٢.

(٣) انظر: ٣٨٩/٢.

(٤) "أن الكتاب" ليست في ز.

(٥) في: أ "الملتزم".

(٦) في: ز "الكتاب الكتاب".

(٧) هو: محمد بن علي بن إسماعيل. أبوبكر المروزي. المشهور بالقفال الشاشي، تفقه على ابن سريج، وكان إمام عصره، في شتى العلوم، له مصنفات جليلة، توفي عام ٣٣٦هـ. تهذيب الأسماء واللغات ٢٨٢/٢.

(٨) "واسم" ليست في: أ، ب، ظ.

الصفات. وأظهره، [1]. انصرف القضاء عنه، وإن أنكر كونه مسمى بذلك الاسم حلف. وانصرف عنه القضاء، وإن نكل حلف المدعي، ويوجه الحكم. ولو لم يحلف[2] على نفي الاسم، بل على أنه لايلزمه شيء، لم يقبل. ولو قصّر القاضي[3]، ولم يكتب إلا أني حكمت على محمد بن أحمد، فالحكم باطل، حتى لو أقر رجل بأنه[4] محمد بن أحمد. وأنه المعني بالكتاب، ولكن أنكر الحق لايلزمه شيء بالقضاء المبهم، في نفسه. وأما الكتاب المجرد من غير شهادة على الحكم، فلا أثر له).

[قال الرافعي] وينبغي أن يثبت القاضي في الكتاب اسم المحكوم له، والمحكوم عليه، وكنيتهما، واسم أبيهما، وجدهما، وحليتهما، وصنعتهما، وقبيلتهما، ليسهل التمييز، نعم لو كان الرجل مشهوراً، بعيد الصِّيتِ[5]، وحصل الإعلام ببعض ماذكرنا، اكتفى به.

وإذا أثبت الأوصاف كما ذكرنا، وحمل[6] الكتاب، إلى المكتوب إليه، وأحضر الحامل عنده من زعمه محكوماً عليه، نظر: أن شهد شهود الكتاب، والحكم على عينه أن القاضي الكاتب حكم عليه، طولب بالحق، وإن لم يشهدوا على عينه، ولكن شهدوا على رجل موصوفٍ بالصفات المذكورة في الكتاب، فأنكر المحضر، أن مافي الكتاب اسمه، ونسبه، فالقول: قوله، مع يمينه، وعلى المدعي إقامة البينة، على[7] أنه اسمه، ونسبه، فإن لم تكن بينة، ونكل المحضر، حلف المدعي، وتوجه عليه الحكم، وإن قال: لا أحلف على أنه ليس اسمي[8]، ونسبي، ولكن أحلف على أنه لايلزمني تسليم

---

(١) "ولو في حق ميت سمى له" ورد فقط في أ، ب، ظ. وليست في ز.
(٢) في: ز "يحكم".
(٣) في: ز "فلم".
(٤) في: أ "أنه".
(٥) "الصِّيت" بكسر الصاد والياء. الذكر الجميل في الناس. ذكره في المصباح ٣٥١/١.
(٦) في: أ، ب "فحمل".
(٧) "على" ليست في: أ، ب، ظ.
(٨) في: ز "باسمي".

شيء إليه، فالمذكور في الكتاب. وهو اختيار الإمام[١]. أنه لاتقبل منه اليمين هكذا. وحكيا عن الصيدلاني القبول، كما لو ادعى عليه قرضٌ، فأنكر وأراد أن يحلف على[٢] أنه لايلزمه شيء، فإنه يقبل، ثم فرقا بين المسألتين بأن مجرد الدعوى ليس بحجة عليه، وهاهنا قامت البينة على المسمى بهذا الاسم، وذلك يوجه الحق عليه، إن ثبت كونه مسمى بهذا الاسم. ولك أن تقول: حكينا في تنازع المتبايعين في قدم العيب، وحدوثه أن البائع، إن قال: إنه لايستحق الرد عليَّ فيحلف، هكذا. وإن قال: ما أقبضته إلا سليماً، وأراد أن يحلف على أنه لايستحق الرد عليه، لم يمكن على أظهر الوجهين[٣]، بل يلزمه التعرض لما أجاب به، وإنما[٤] يفيد هذا الأصل في الدعاوي والبينات. إذا تذكرت ذلك. فالمسألة: هاهنا مصورة، فيما إذا أنكر كونه مسمى بذلك الإسم، وحينئذٍ، فالقول: بأنه لايكفيه الحلف على أنه لايلزمه تسليم شيء إليه [مستمرٌ على أظهر الوجهين. ونظيره من مسألة القرض أن يقول: في الجواب ما أقرضتني، فلا يكفيه الحلف على أنه لايلزمه][٥] تسليم شئ إليه على هذا الوجه، إنما يكفيه ذلك إذا كان جوابه في الابتداء، أنه لايلزمه تسليم شئ إليه، ونظيره هاهنا أن يقول: المحضر: لايلزمني تسليم شئ إليه، وأراد الحلف عليه فيشبه أن يمكن منه، وحينئذٍ فلا فرق بين المسألتين، وإن قامت البينة على أنه اسمه، ونسبه، فقال: نعم. لكني لست المحكوم عليه، فإن لم يوجد هناك من يشاركه في الاسم، والصفات، المذكورة لزمه الحكم، لأن الظاهر أنه المحكوم عليه، وإن وجد إما بأن[٦] عرفه القاضي، أو قامت عليه بينة، وأحضر[٧] الذي يشاركه وسئل، فإن اعترف بالحق طولب به، وتخلص الأول، وإن أنكر، بعث ذلك

---

(١) انظر: نهاية المطلب ٢٥، ٢٦، ٢٧/ لوحة ١١٨.

(٢) "على" ليست في: ز.

(٣) انظر: الوجيز ١/١٤٤ و ١٤٥ حيث قال: "فالقول: قول البائع إذا الأصل لزوم العقد، فيحلف أني بعته، وأقبضته وما به عيب". وانظر: الروضة ٣/٤٨٨.

(٤) في: ز "وربما".

(٥) من "مستمرٌ ... لايلزمه" ليست في: ب.

(٦) "بأن" ليست في: ب، ز ، ظ.

(٧) في: ز "أحضر".

الحاكم إلى الكاتب يعلمه[١] بما وقع من الإشكال، حتى يحضر الشاهدين، ويطلب منهما مزيد صفة يتميز بها المشهود عليه من غيره، فإن[٢] ذكرا مزيداً كتب به ثانياً، وإلا وقف الأمر حتى ينكشف. ولو أقام المحضر بينة على موصوف بتلك الصفات، كان هناك، وقد مات، فإن مات بعد الحكم، فقد[٣] وقع الإشكال، وإن مات قبله، فإن لم يعاصره المحكوم له، فلا إشكال، وإن عاصره، فوجهان

أظهرهما: حصول الإشكال، وبه قال: صاحب "التقريب".

ووجه الثاني: بأنه لو كانت الشهادة على الميت، لتعرّض الشهود، لتعلق الحق بتركته، وبذكر ورثته، لكن ربما لم يعرفوا موته، فاستصحبوا الحال[٤]، فهذا إذا أثبت القاضي اسم المحكوم عليه، ونسبه، ووصفه، كما قدمنا.

أما إذا اقتصر[٥] لفظاً، وكتاباً[٦]، على أني: حكمت على محمد بن أحمد مثلاً، فالحكم باطل، لأن المحكوم عليه مبهم[٧]، لم يتعين بإشارة، ولا وصف كامل، بخلاف ما إذا استقصى الوصف، ولم يقصر، فظهر[٨] اشتراك، واشتباه على الندور، وحتى لو اعترف رجل في بلد المكتوب إليه بأنه محمد بن أحمد، وأنه المعني بالكتاب، لم يلزمه ذلك الحكم لبطلانه في نفسه، إلا أن يقر بالحق، فيؤاخذ به، هذا مانقله الإمام، وصاحب الكتاب، وغيرهما، وهو المتوجه[٩]. إلا أن في "أدب القاضي"، لابن القاص[١٠]، وفي "إفصاح"[١١] أبي عليٍّ أنه إذا ورد الكتاب أحضر القاضي المكتوب

---

(١) "يعلمه" ليست في: أ، ب، ظ.
(٢) في: ب، ظ "وإن".
(٣) "فقد" ليست في: أ.
(٤) "الحال" ليست في" أ، ب، ظ.
(٥) "اقتصر" ليست في: أ، ب، ظ.
(٦) في: ب، ظ "لفظ أو كتب أني"
(٧) في: أ "منهم".
(٨) في: أ، ب، ظ "وظهر".
(٩) وهو الصحيح، وعليه المذهب. انظر: الروضة ١١/١٨٣، ومغني المحتاج ٤/٤١٠.
(١٠) انظر: ٢/٣٤٣.
(١١) في: أ، ب، ظ: "الإيضاح".

وقرأ[١] عليه الكتاب، فإن أقر أنه المكتوب عليه أخذه[٢] به، سواء كان قد رفع في[٣] نسبه، أو لم يرفع، وذكر صناعته، أو لم يذكر.

ولا شك أنه لو شهد الشهود على الحكم كما ينبغي إلا أنه أبهم في الكتاب، اسم المكتوب عليه، تقبل الشهادة ويعمل بمقتضاها لما سبق أن الاعتبار بشهادة الشهود لا بالكتاب[٤].

وقوله: في الكتاب "أما الكتاب المجرد من غير شهادة على[٥] الحكم، فلا أثر له" هذا قد اندرج في الفصل[٦] السابق[٧]، ويجوز أن يعلم بالواو، والميم لما مرّ[٨]. والله أعلم.

[إنهاء الحكم إلى القاضي الآخر عن طريق المشافهة]

(قال [الغزالي]: ولو شافه القاضي الآخر، لم[٩] يكف، لأن السامع، أو[١٠] المسمع لابد وأن يكون في غير محل ولايته، فلا[١١] يصح سماعه، ولا إسماعه إلا إذا جوزنا قاضيين لبلدة واحدة، أو تناديا من طرفي ولايتهما، فذلك أقوى من الشهادة، فيعتمد، أما إذا كانا لمسمع في محل ولايته[١٢] دون السامع، فرجع السامع إلى محل ولايته، وحكم به صح. إن قلنا: إنه يقضي بعلمه. وإن قلنا: لا[١٣].

---

(١) في: أ "وأقر".
(٢) في: ز "أخذ".
(٣) "في" ليست في: أ.
(٤) انظر: ص ٤١٨، والروضة ١١/١٧٩.
(٥) "على" ليست في: أ.
(٦) "الفصل" ليست في: ب، ظ.
(٧) انظر: ص ٤١٨، والروضة ١١/١٧٩.
(٨) من القول في: "أن المكتوب إليه إذا وثق بالخط والختم قبله" انظر: المصدر السابق.
(٩) في: "لايكفي".
(١٠) في: ب، ظ "والمسمع".
(١١) في: أ، ب، ظ، "ولا".
(١٢) في: أ "ولايتهما".
(١٣) "لا" ليست في: أ، ز.

فالظاهر أنه كشهادة يسمعها في غير محل[١] ولايته، فلا يصح).

[فصل في إنهاء الحكم إلى قاضٍ آخر بطريق المشافهة]

[قال الرافعي] ذكرنا أن[٢] إنهاء الحكم إلى قاضي البلد الآخر يحصل بطريقين، وقد فرغنا من بيان إحداهما: وهو الإشهاد، والمكاتبة.

والثاني: المشافهة. وتصور من وجوه.

أحدها: أن يجتمع القاضي، الذي حكم، وقاضي بلد الغائب في غير[٣] البلدين، ويخبره[٤]، بحكمه. والثاني: أن ينتقل[٥] الذي حكم إلى بلد الغائب، ويخبره[٦]، ففي الحالتين لايقبل قوله: ولا يمضي حكمه، لأن إخباره في غير موضع ولايته، كإخبار القاضي بعد العزل.

والثالث: لو حضر قاضي بلد الغائب، في بلد الذي حكم، فأخبره فهل يمضيه إذا عاد إلى محل ولايته؟ يبنى على أن القاضي هل يقضي بعلم نفسه؟ إن قلنا: نعم فنعم. وإن قلنا: لا. فعن بعضهم تجويزه، أيضاً. والأصح، وبه قال الإمام[٧]: أنه لايجوز، كما لايجوز الحكم بشهادة سمعها في غير محل ولايته، وكما[٨] لو قال: ذلك القاضي: سمعت البينة على فلان، بكذا، فإنه لايرتب الحكم عليه، إذا عاد إلى محل ولايته[٩].

والرابع: إذا كانا جميعاً في موضع الولاية، بأن وقف الذي حكم في طرف

---

(١) "محل" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) انظر: مسألة كيفية الإنهاء إلى القاضي الآخر ص ٤١٩-٤٢٠، الروضة ١١/١٧٨، ومغني المحتاج ٤/٤٠٩.

(٣) في: أ "وغير".

(٤) في: أ، ب، ظ "فأخبره".

(٥) في: ز "يخرج".

(٦) في: أ، ب، ظ "وأخبره".

(٧) انظر: نهاية المطلب ٢٥، ٢٦، ٢٧/ لوحة ١١٧/أ.

(٨) في: أ، ظ "كما".

(٩) انظر: الروضة ١١/١٨٤، ومغني المحتاج ٤/٤١٠.

ولايته، والآخر في طرف ولايته، ونادى الذي حكم صاحبه أني حكمت بكذا، فعلى صاحبه إمضاؤه، لأنه[1] أبلغ من الشهادة، والكتاب، وأولى بأن يعتمد عليه.

وكذا لو كان في البلدة قاضيان، وجوزناه[2]، فقال أحدهما للآخر، حكمت بكذا فإنه يمضيه، وكذا إذا[3] قاله القاضي[4] لنائبه في البلدة[5] وبالعكس، ولو خرج القاضي إلى قرية له نائبٌ فيها، فأخبر أحدهما الآخر عن حكمه أمضاه الآخر، لأن القرية محل ولايتهما جميعاً[6]. ولو دخل النائب البلد، فقال للقاضي: حكمت بكذا، لم يقبله. ولو قال له القاضي: حكمت بكذا، ففي إمضائه إياه، إذا عاد إلى قريته الخلاف، في القضاء بالعلم[7]. وأما لفظ الكتاب، فقوله "لأن السامع، أو المسمع لابد وأن يكون في غير محل ولايته"، أي هكذا يتفق، ويكون حينئذٍ في غالب الأمر. وقد[8] يوجد في بعض[9] النسخ، "لأن السامع والمسمع، لابد وأن يكون في محل ولايته"، وله وجه أيضاً. والمعنى أن كل واحدٍ منهما ينبغي أن يكون في محل ولايته، ليمكن الاعتماد، وأنه غير حاصل، عند المشافهة[10] فلا يصح السماع، والاسماع. وقوله: "إلا إذا جوزنا" الاستثناء يعود إلى قوله "أولاً لم يكف" وقوله: "أما إذا كان السامع[11] أو المسمع في محل ولايته، دون السامع إلى آخره"، فهو أحد الطريقين اللذين ذكرهما، أولاً: فقال: لأن السامع أو[12] المسمع إلى أن قال: فلا يصح سماعه، ولا إسماعه، والحاصل، أنه حكم بأن سماع من ليس في محل ولايته، غير صحيح أولاً. ثم أعاد

---

(١) في: ز "ولأنه".
(٢) في: ب، ظ "وجوزناه".
(٣) في: ز "ولو".
(٤) "القاضي" ليست في: ز.
(٥) في: ز "في البلدة، أو بالعكس".
(٦) في: ز "معاً".
(٧) انظر: المختصر ص ٣٠٢، والوجيز ٢/٢٤١، والروضة ١١/١٥٦.
(٨) "قد" ليست في: ز.
(٩) "بعض" ليست في: أ، ب، ظ.
(١٠) في: ز "المشاهدة".
(١١) "أو" ليست في: أ، ب، ظ.
(١٢) "أو" ليست في: أ، ب، ظ.

الصورة على الأثر، وبناها[(١)] على الخلاف، في أن القاضي. هل يقضي بعلمه؟ وليس ذلك بمستحسن بل كان ينبغي أن يفصل فيقول: إسماع من ليس في محل ولايته غير صحيح، وسماع من ليس في محل ولايته على الخلاف في القضاء بالعلم[(٢)].

فرع: في "الوسيط"[(٣)] أن القاضي إذا حكم بالحق، وشافه به والياً غير القاضي ليستوفي، فله أن يستوفي في محل ولاية القاضي، وكذا خارجه على الصحيح، لأن سماع الوالي مشافهة، كشهادة الشهود عند القاضي. قال: ولا يكاتب القاضي والياً غير القاضي، لأنَّ الكتاب إنما يثبت بشهادة الشهود، ومنصب سماع البينة، يختص بالقضاة، وليحمل هذا على الوالي الذي لايصلح للقضاء، والذي لم يفوض إليه الإمام نظر القضاة[(٤)]، وإن كان صالحاً، فأما الصالح الذي مكن من النظر بنفسه، ومن تقليد من يراه، فإنه يجوز للقاضي مكاتبته، كما يجوز مكاتب الإمام الأعظم، نص عليه في "المختصر"[(٥)].

[في إنهاء الحكم إلى القاضي الآخر بطريق سماع البينة]

(قال [الغزالي]: هذا كله إذا قضى على الغائب، فلو اقتصر على سماع البينة، وكتب إلى قاضٍ آخر حتى يقضي، جاز، مهما ذكر اسم شهود[(٦)] الواقعة، وعلى المكتوب إليه أن يبحث عن عدالة الشهود، وكأن الأول ناب[(٧)] عنه في سماع البينة فقط، فعليه التعديل والحكم، فإن[(٨)] كتب الأول عدالتهما، وأشهد عليه جاز[(٩)] أن يعتمده إن رأى ذلك. ثم الخصم إن ادعى جرحاً فليظهر، فبشهادة[(١٠)]

---

(١) في: أ، ب، ظ "وبناهما".
(٢) انظر: المختصر ص ٣٠٢، والوجيز ٢/٢٤١، والروضة ١١/١٥٦.
(٣) انظر: ٧/٣٢٥.
(٤) في: "للقضاة".
(٥) انظر: ص ٣٠١.
(٦) في: أ "الشهود في".
(٧) في: ب "نائب".
(٨) في: ب، ظ "وإن".
(٩) في: أ "جاز له".
(١٠) "بشهادة" ليست في: أ، ب، ظ.

شاهدين، ويمهل ثلاثة أيام، وإن قال: لا أتمكن من جرحهم، إلا في بلدهم[١]، فلا يمكن منه، بل يسلم المال، ثم إن[٢] أظهر الجرح استرده)[٣].

[قال الرافعي] قد بان[٤] في أول الركن أن القاضي بعد سماع البينة على الغائب قد يحكم عليه، وينهي الحال إلى قاضي البلد الآخر، وقد يقتصر على السماع، وينهي.

أما القسم الأول[٥]: فقد تكلمنا[٦] فيه، والغرض الآن الكلام في الثاني[٧]: ونقدم عليه فصلاً فيما يمتاز به أحد القسمين عن الآخر[٨]، وفي فروعٍ تتعلق بالحكم.

اعلم أن صيغ الحكم مثل: أن يقول: حكمت على فلان لفلان بكذا، أو ألزمته على ماذكرنا في الأدب الخامس من الباب الثاني[٩]. ولو[١٠] قال : ثبت عندي كذا بالبينة العادلة، أو صح. فهل هو حكم؟ فيه وجهان: صيغ الحكم

أحدهما: نعم، لأنه إخبارٌ عن حصول الشيء، وتحققه جزماً.

وأصحهما. لا، لأنه قد يراد به قبول الشهادة، واقتضاء البينة صحة الدعوى فأشبه ما إذا قال: سمعت البينة وقبلتها، واحتج في "العدة" لهذا الوجه بأن الحكم هو الإلزام، والثبوت ليس بإلزام، ويقرب من هذا اللفظ ما أعتاد القضاة إثباته على ظهور الكتب الحكمية، وهو: صح ورود هذا الكتاب عليَّ فقبلته، قبول مثله، وألزمت العمل بموجبه.

---

(١) في: ز "بلادهم".
(٢) في: أ "إذا".
(٣) في: أ، ب "استرد".
(٤) في: ب، ظ "قال".
(٥) انظر: ص ٤١٩، والروضة ١٧٨/١١، ومغني المحتاج ٤٠٩/٤.
(٦) في: ز "كلمنا".
(٧) في: ز "في الكلام الثاني".
(٨) في: أ، ب، ظ : "عن الثاني".
(٩) انظر: ص ٣٣٢وما بعدها. والوجيز ٢٤٠/١، والروضة ١٤٠/١١.
(١٠) في: أ، ب، ظ "فلو".

قال القاضي أبوسعد الهروي: سئلت عنه في الدار النظامية بأصبهان[١]. هل هو حكم؟ فقلت: يرجع إلى الحاكم، فإن قال: أردت الحكم، فهو حكمٌ. وإن تعذر الرجوع فالاعتماد على عُرف الحكام، إن اعتقدوه حكماً فهو حكمٌ. قال: ثم استقر رأي لما وُلِّيتُ قضاء همذان[٢]: على أنه ليس بحكم لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب، وإثبات الحجة، وهذا هو الصواب[٣]. ولايجوز الحكم على المدعى عليه، إلا بعد سؤال المدعي، في أصح الوجهين ذكره في/ "العدة" وفي "الجرجانيات" لأبي العباس (٤٨٠/ز)
الروياني. حكاية وجهين في أنه هل يصح أن يلزم القاضي الميت موجب ما أقر به في حياته؟ ولابد في الحكم من تعيين مايحكم به، ومن يحكم له، لكن القاضي قد يبتلى بظالم يتوقع منه مالايجوز له، ولا يستغنى عن ملاينته، فرخص له[٤] في دفعه بما يخيل إليه أنه أسعفه بما توقع.

مثاله: أقام خارجٌ بينته، وداخلٌ بينته، والقاضي يعرف فسق بينة الداخل، لكنه ممن لابد من ملاينته، وهو يطلب الحكم، بناء على ترجيح بينة الداخل، فيكتب: حكمت بما هو قضية الشرع في معارضة بينة فلان الداخل، وبينة فلان الخارج، وقررت المحكوم به في يد المحكوم له، وسلطته عليه، ومكنته من التصرف فيه. إذا تقرر ذلك، فإذا لم يحكم القاضي، وأنهى ماجرى من الدعوى، وأقام الحجة بالكتاب، سمى ذلك: كتاب نقل الشهادة، وكتاب سماعها[٥]، وكتاب التثبيت - أي تثبيت الحجة - ويجوز أن يراد به تثبيت المدعي، بناء على أن قوله يثبت عندي كذا ليس، بحكم، وينص على الحجة، فيذكر أنه قامت عنده بينة أو شاهد ويمين، أو نكل المدعى عليه، وحلف المدعي. وهذا الثالث إنما يكون عند حضور المدعى عليه، وإنما ينص على

---

(١) في: أ "بأصفهان" و "أصبهان" بفتح الهمزة، وإسكان الصاد وفتح الياء مدينة عظيمة، وأقليم من أقاليم بلاد خراسان بفارس. انظر: معجم البلدان ٢٠٦/١.

(٢) "همذان" بفتح الميم والذال المعجمة. مدينة عظيمة، وأقليم من أقاليم بلاد خراسان بفارس. انظر: معجم البلدان ٤١٠/٥ - ٤١٧.

(٣) انظر: الروضة ١٨٥/١١.

(٤) "له" ليست في: ز.

(٥) "وكتاب سماعها" ليست في: ب، ظ.

الحجة، ليعرف المكتوب إليه، أنه بما يحكم، وقد[1] لايرى بعض ذلك حجة. وهل يجوز أن يكتب بعلم نفسه، ليقضي المكتوب إليه؟ قال في "العدة": لايجوز، وإن جوزنا القضاء بالعلم، لأنه إذا لم يحكم به، فهو كالشاهد، والشهادة[2] لا تتأدى بالكتابة.

وفي "أمالي" السرخسي: أنه يجوز ويقضي المكتوب إليه، إذا جوزنا القضاء بالعلم، لأن إخباره عن علمه، إخبارٌ عن قيام الحجة، فليكن كإخباره عن قيام البينة، وإذا كتب بسماع البينة، فليسم الشاهدين، والأولى: أن يبحث عن حالهما، ويعدلهما، فإن أهل بلدهما أعرف بحالهما، فإن لم يفعل فعلى المكتوب إليه البحث، والتعديل، وإذا عدَّلَ فهل يجوز أن يترك اسم الشاهدين؟ لفظ صاحب "الكتاب"[3] يشعر بالمنع منه. وقد صرح في "الوسيط" به[4] وكذلك ذكره الإمام. والقياس: التجويز[5].

كما أنه إذا حكم استغنى عن تسمية الشهود. وهذا هو المفهوم من إيراد صاحب "التهذيب" وغيره. ويجوز أن يقدر فيه خلاف. بناء[6] على ما سيأتي. أن كتاب القاضي إلى القاضي بسماع البينة، نقل للشهادة، أو حكم بقيام البينة؟ إن قلنا حكمٌ، فلا حاجة إلى التسمية، وكفى قوله "قامت عندي بينة عادلة بكذا". وإن قلنا: نقل، فلابد من التسمية، كما أنه لابد من أن يسمي شاهد الفرع، شاهد الأصل، ويأخذ المكتوب إليه، بتعديل الكاتب، أم له البحث وإعادة التعديل؟ لفظ الكتاب يشعر بالثاني، لأنه قال: "جاز أن يعتمده إن رأى ذلك" والقياس: أنه يأخذ[7] بذلك التعديل، أما إذا جعلناه حكماً فظاهرٌ. وأما إذا جعلناه، نقلاً فلأن شاهد الفرع، إذا عدَّل شاهد الأصل، وهو بصفة المزكين يكفي[8] تعديله على ظاهر المذهب على ما

---

(١) في: ز "فقد".

(٢) في: ز "فالشاهد، والشاهد".

(٣) انظر: ٢/٢٤٥.

(٤) "به" ليست في: أ ، ب، ظ.

(٥) قال النووي "قلت: هذا الذي جعله القياس: هو الصواب". الروضة ١١/١٨٦.

(٦) "بناء" ليست في: ز.

(٧) في: أ، ب "أخذ".

(٨) في: ز "كفى".

سيأتي. ولا حاجة في هذا القسم إلى تحليف المدعي، والقول[١] في إشهاد القاضي، وفي أداء الشهود، الشهادة عند المكتوب إليه، وفي دعوى الخصم، إن كان[٢] هناك من يشاركه في الاسم، والنسب[٣]، على مامر في القسم الأول[٤].

وإذا عدَّل الكاتب شهود الحق، لكن[٥] جاء الخصم[٦] ببينة على جرحهم، فتسمع، وتقدم على التعديل، وإن استمهل ليقيم[٧] بينة الجرح، أمهل ثلاثة أيام، فإنها مدة يسيرة، لايعظم ضرر المدعي، بتأخير الحكم فيها، وبا لمدعى عليه حاجة إلى مثلها، لاستحضار البينة، هكذا ذكره الأصحاب على طبقاتهم. وكذا لو قال: أبرأتني، أو قضيت الحق، واستمهل ليقيم البينة عليه.

ولو قال: أمهلوني حتى أذهب إلى بلدهم، وأجرحهم، فإني لا أتمكن من جرحهم، إلا هناك، أو قال: لي بينة أخرى دافعة هناك[٨]، لم يُجب إليه، بل يؤخذ الحق منه، ثم إذا أثبت[٩] الجرح أو الدفع من وجه آخر، يسترد؛قال في: "الوسيط" ولايخرج ذلك على ما إذا كان الخصم حاضراً، أو أظهر فسق الشهود بعد الحكم، ففي الاسترداد، ونقض الحكم، والحالة هذه قولان.

والفرق أن هذا معذورٌ والحاضر عن الشهود مقصر، ولا فرق في ذلك بين كتاب الحكم، وكتاب نقل الشهادة.

وفي "العدة" أنه لو سأل المحكوم عليه إحلاف الخصم، على أنه، لا عداوة بينه وبينهم، وقد حضر الخصم عند المكتوب إليه، أجابه إليه.

---

(١) في: أ، ب "القبول".
(٢) "كان" ليست في: أ، ز.
(٣) "النسب" ليست في: أ، ب، ظ.
(٤) انظر ص ٤١٥، والروضة ١١/١٨٢.
(٥) في: ب، ظ "ولكن".
(٦) "الخصم" ليست في: أ، ب، ظ.
(٧) في: أ "لنفسه".
(٨) "هناك" ليست في: ز.
(٩) "أثبت" ليست في: أ.

ولو سأل إحلافه على عدالتهم، لم يجبه، وكفى تعديل الحاكم إياهم، وأنه لو ادعى قضاء الدين، وسأل إحلافه أنه لم يستوفه، لم يحلف، لأن القاضي الكاتب قد أحلفه.

وذكر صاحب "التهذيب" في مثله في دعوى الإبراء، أنه[1] يحلفه على أنه لم يبرئه فحصل في المسألة وجهان. والله أعلم.

وقوله في الكتاب "فإن كتب الأول عدالتهما، وأشهد عليه" التعرض للإشهاد" غير محتاج إليه في هذا الموضع، لأنه قد تبين من قبل أن الاعتماد على الشهود دون "الكتاب".

وإذا عرفنا أصلاً فنحن أغنياء عن إعادته في إفراد المسائل. ويقرب من ذلك لفظ الشاهدين في قوله "فليظهر بشهادة[2] شاهدين"[3] نعم يمكن أن يشار به إلى أنه لابد من البينة، ولا سبيل إلى تحليف الخصم على عدالتهم، كما بيناه.

[في مشافهة القاضي قاضٍ آخر بسماع البينة]

(قال [الغزالي]: فرع: ولو كان في البلد[4] قاضيان وجوزنا ذلك فقال أحدهما للآخر سمعت البينة، فاقض، يجوز[5] القضاء بناء على أن ذلك نقل للشهادة، أو حكم؟. فإن قلنا: إنه نقلٌ فكيف يقبل مع حضور الأصل، والظاهر أنه حكم. ولو /كان نقلاً لما اكتفى بقول واحد عند الغيبة، لكنه[6] حكم بقيام البينة فقط). (٤٨١/ز)

[قال الرافعي] كما أن الحكم المبرم ينهيه القاضي إلى القاضي، تارة بالكتاب والشهادة، وتارة بالمشافهة، كذلك سماع[7] البينة يفرض فيه الطريقان:

---

(١) "أنه" ليس في: أ، ب، ظ.
(٢) "بشهادة" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) وفي: أ، ب، ظ "لشاهدين".
(٤) في" ز "للبلد".
(٥) في: أ، ب "فجواز".
(٦) في: أ "لكن".
(٧) في: أ "اسماع".

فلما[١] تكلم في الكتاب[٢] بسماع[٣] البينة، عقد هذا الفرع ليتكلم في المشافهة به، فإذا نادى قاض من طرف ولايته قاضياً آخر في طرف ولايته: أني سمعت البينة بكذا، أو جوزنا في البلد قاضيين، فقال أحدهما للآخر، هل للآخر أن يحكم؟ بنى الإمام، وصاحب "الكتاب" ذلك على أن سماع البينة وإنهاء الحال إلى القاضي الآخر، نقل لشهادة الشهود، كنقل الفروع شهادة الأصول، أو حكم بقيام البينة؟ وفيه جوابان[٤] ووجه:

أولهما: بأنه لو كان حكماً لما افتقر إلى تسمية الشهود.

وثانيهما: بأنه لو كان نقلاً لما كفى ناقل واحد.

وقد اكتفينا بالقاضي المنهي، فعلى الأول لايجوز للمقول له الحكم، كما لايجوز الحكم بشهادة الفروع مع حضور الأصول، وعلى الآخر، يجوز كما في الحكم المبرم، وهذا أظهر عند الإمام، والمصنف، لكن[٥] عامة الأصحاب منعوا منه[٦]، وقالوا أيضاً كتاب السماع إنما يقبل إذا كانت المسافة بين الكاتب، وبين الذي بلغه الكتاب، بحيث تقبل في مثلها الشهادة على الشهادة، وهي مسافة القصر، أو ما[٧] فوق مسافة العدوى[٨]، على اختلاف سيأتي في موضعه[٩].

---

(١) في: ز "ولما".

(٢) "الكتاب" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) في: أ ، ب، ظ "لسماع".

(٤) وهما: وجهان: ذكرهما النووي. انظر: الروضة ١١/١٨٧.

(٥) في: أ "لكنه".

(٦) وقالوا: بالأول: وهو عدم الجواز. وهو الصحيح. انظر: الروضة ١١/١٨٧.

(٧) "ما" ليست في: أ.

(٨) "العدوى" بالفتح: قال ابن فارس "العدوى" طلبك إلى والٍ ليعديك على من ظلمك، أي ينتقم منه باعتدائه عليك.
والفقهاء: يقولون: مسافة "العدوى" وكأنهم استعاروها من هذه العدوى. لأن صاحبها يصل فيها الذهاب، والعود. بعدد واحد، لما فيه من القوة والجلادة" المصباح المنير ٢/٣٩٨.

(٩) انظر: ص٦٥٨من ا لباب الخامس، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الشهادة، مسألة "تسمع شهادة الفرع إذا مات الأصل أو غاب فوق مسافة القصر". وانظر: الوجيز ٢/٢٥٨، =

وأما إذا كانت المسافة دونها، فلا تقبل، وهذا نص عليه في "عيون المسائل"[(١)] ويخالف الكتاب بالحكم المبرم، حيث تقبل، قربت المسافة، أم[(٢)] بعدت، وفرقوا بأن الحكم هناك قد تمَّ، وليس بعده، إلا الإستيفاء، وسماع البينة، بخلافه. فإنه[(٣)] إذا لم تبعد المسافة لم يعسر إحضار الشهود عند القاضي الآخر، ووجدت في نسختين في "أمالي أبي الفرج السرخسي، عكس ما أورده الجمهور، وهو أن كتاب السماع يقبل مع قرب المسافة، وبعدها، وكتاب الحكم، لايقبل إلا إذا بعدت المسافة. وهو غلط من ناقل أو ناسخ، وليس وجهاً آخر.

وإذا قال الحاكم لخليفته: اسمع دعوى فلان، وبينته، ولا تحكم به حتى تعرفني، ففعل، هل للحاكم أن يحكم به؟ القياس أنه كإنهاء أحد القاضيين في البلد إلى الآخر لإمكان إحضار الشهود عنده، لكن الأشبه، هاهنا أن له الحكم، لأن تجويز الاستخلاف للإستعانه[(٤)] بالخليفة، وذلك يقتضي الاعتداد بسماعه بخلاف سماع القاضي المستقل، وبهذا أجاب أبوالعباس الروياني في "الجرجانيات" على تلومٍ فيه. وقوله في الكتاب: "فقال: أحدهما للآخر سمعت البينة، فاقض" كلمة "فاقض": ليست بشرط في صورة المسألة[(٥)]، بل إذا جوزنا القضاء للمقول له، فيكتفي بقوله: "سمعت البينة" لكنه يستفاد من قوله "فاقض" تعديل الشهود، واستغناء المقول له عن البحث. وقوله "لما اكتفى بقول[(٦)] واحد عند الغيبة" يعني: إذا كان بينهما مسافة، وكان الإنهاء بالكتاب. وقوله "لكنه حكم بقيام البينة فقط" هذا اللفظ إنما يتوجه إذا سمع وعدل،

= وكذلك سبق الحديث عن ذلك فيما إذا غاب الولي الأقرب. انظر: الوجيز ٧/٢، والروضة ٦٩/٧، ومغني المحتاج ١٥٧/٣.

(١) "عيون المسائل" كتاب في نصوص الشافعي لأبي بكر أحمد بن حسين الفارسي المتوفي سنة ٣٠٥هـ. قاله صاحب كشف الظنون ١١٨٨/٢.

(٢) في: ز "أو بعده".

(٣) في: ز "وبأنه".

(٤) في: أ، ب "الإستعانه".

(٥) في: ب، ظ "المسائل".

(٦) "بقول" ليست في: ب، ظ.

فأما إذا اقتصر على السماع فينبغي أن يقال: إنه حكم بشهادة[1] الشهود.

[فصل في الركن الرابع وهو المحكوم به الغائب]

(قال [الغزالي]: الركن الرابع: المحكوم به، وذلك لايخفى في الدين، والعقار، الذي يمكن تعريفه بالحد[2].

أما العبد، والفرس، وما يتميز بعلامة، فإن كان غائباً ففي الحكم على غيبته ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يجوز التعريف[3] بالحلية، كالمحكوم عليه.

والثاني: أنه كالكرباس، وسائر الأمتعة، فيتعلق الحكم بقيمته. ويجب ذكر القيمة، ولايجب ذكر الصفات، ولا بأس لو ذكرها في الكتاب: أما قيمة[4] العقار وما يتعلق بالعين فلا[5] يجب ذكر قيمته على الأصح.

والثالث: أنه يسمع البينة، ولا يقضي بل يكتب بالسماع إلى القاضي الآخر، وفائدته أن يسلم عين العبد الموصوف إليه ليحمله إلى بلد الشهود ليعينوه بالإشارة، ويلزمه كفيل بالبدن، ليأخذ العبد من[6] صاحب اليد، وفي وجه لايكفي ذلك. بل يلزمه أن يشتري العبد، ويضمن عنه الثمن[7] ضامنٌ فإن ثبت ملكه فيه بان بطلان الشراء. وفي وجه يلزمه تسليم القيمة في الحال للحيلولة[8]، ثم يسترد لو ثبت ملكه).

[قال الرافعي] مقصود هذا الفصل: الكلام في الحكم بالشيء الغائب، [ولا يختص ذلك بما إذا كان المدعى عليه غائباً، بل يخص[9] حضوره وغيبته، لكنه يذكر في

---

(١) في: أ، ب، ظ "بالشهادة".

(٢) في: ب، ظ " بالحلية".

(٣) في: ب، ظ "تعريفه".

(٤) "قيمة" ليست في: ز.

(٥) في: أ "ولا".

(٦) في: أ "مع".

(٧) في: ز "بالثمن".

(٨) في: أ "الحيلولة لم".

(٩) في: ز "يخص نعم".

هذا الموضوع لمناسبة الحكم على الغائب][1] بالغيبة، لأن القاضي يحتاج إلى مكاتبة قاض آخر لغيبة المدعى عليه، تارة، ولغيبة المدعي أخرى.

واعلم أن الحضور والغيبة إنما يعتوران الأعيان.

فأما إذا كانت الدعوى في نكاح، أو طلاق، أو رجعة، أو إثبات وكالة، فلا يوصف المدعي بغيبة ولا حضور، وكذلك إذا كان المدعى ديناً، ومهما ادعى عيناً، فإن كانت حاضرة، مشاراً إليها فتسلم إلى المدعي إذا تمت حجته، وإن كانت غائبة فينظر: أهي غائبة عن البلد؟ أم غائبة عن مجلس الحكم،دون البلد[2]؟

الحالة الأولى: إذا كانت غائبة عن البلد، فهي: إما عين يؤمن فيها الاشتباه، والاختلاط، كالعقار، والعبد، والفرس[3] المعروفين، وإما غيرها[4].

أما القسم الأول: فالقاضي يسمع البينة عليه، ويحكم ويكتب إلى قاضي بلد ذلك المال ليسلمه إلى المدعي، ويعتمد في العقار، على ذكر البقعة، والسكة، والحدود، وينبغي أن يتعرض لحدوده الأربعة، ولا يجوز الاقتصار على حدَّين، أو ثلاثة، كذلك ذكره ابن القاص في "أدب[5] القاضي"[6].

ولايجب التعرض للقيمة على أصح الوجهين، لحصول التمييز دونه.

وأما القسم الثاني: لغير[7] المعروف من العبيد، والدواب وغيرها، فهل تسمع البينة على عينها، وهي غائبة؟ فيه قولان.

أحدهما: نعم كما تسمع على[8] الخصم وهو غائب اعتماداً على الحلية،

---

(١) من قوله "ولا يختص ذلك ... على الغائب" ليست في: أ، ب، ظ.
(٢) "دون البلد" ليست في: ز.
(٣) في: ز "وكالفرس والعبد".
(٤) في: ز "وإما غيرهما".
(٥) انظر: ٢/٣٤٧.
(٦) في: ز "أدب القضاء".
(٧) في: أ، ب، ظ "كغيره".
(٨) "على" ليست في: أ، ب، ظ.

والصفة[١]، ولأنه قد يحتاج إلى إثباته في الغيبة، فأشبه العقار.

والثاني: المنع، لكثرة الاشتباه فيه، والصفات والحلى تتشابه أيضاً. وبهذا قال: أبوحنيفة[٢]، والمزني، ورجحه طائفة من الأصحاب، منهم أبوالفرج الزاز.

والأول: اختيار الكرابيسي[٣]، والإصطخري، ورجحه ابن القاص، وأبو علي الطبري، وبه أجاب القفال في الفتاوى.

وإذا قلنا به، فهل يحكم للمدعي بما أقام البينة عليه؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، كما في العقار.

وأصحهما: المنع، لأن الحكم مع الجهالة، وخطر الاشتباه بعيدٌ[٤].

وإذا تركت[٥] الترتيب حصلت ثلاثة أقوال:

لا تسمع البينة عليها ولا يحكم. تسمع، ويحكم[٦]. وتسمع، ولا يحكم. هذه طريقة عامة الأصحاب، وطردوها في جميع المقولات، التي لا تعرف.

وقال الإمام، وصاحب الكتاب[٧] مالا يؤمن فيه الاشتباه، والاختلاط ضربان.

أحدهما: مايمكن[٨] تعريفه، وتمييزه بالصفات، والحلى، كالرقيق، والدواب.

والثاني: مالا يمكن، لكثرة أمثاله: كالكرباس.

---

(١) في: ز "والصفة والحلية".

(٢) انظر: فتح القدير ٦/٤٠٠.

(٣) الكرابيسي: هو الحسين بن علي بن يزيد، أبوعلى البغدادي. أخذ الفقه عن الشافعي، وكان حافظاً للحديث، له مصنفات عدة في الأصول، والفقه، توفي سنة خمس، وقيل: ثمان وأربعين ومائتين.
انظر ترجمته في: تاريخ بغداد ٨/٧٤، وشذرات الذهب ٢/١١٧، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٦٣.

(٤) انظر: الروضة ١١/١٨٨ و ١٨٩، ومغني المحتاج ٤/٤١١.

(٥) في: ب، ظ "ترك".

(٦) وهو أظهرها. انظر: الروضة ١١/١٨٩.

(٧) انظر: الوجيز ٢/٢٤٤.

(٨) في: أ، ب "مالايمكن".

وجعلا الضرب الأول على الأقوال الثلاثة، وقطعا في الكرباس، ونحوه، بأنه لا ترتبط الدعوى والحكم بالعين.

التفريع: إن قلنا: تسمع البينة: فينبغي أن يبالغ المدعي في الوصف، بما يمكن من الاستقصاء، والتعرض للشيات[1] والشامات[2]، وبما يضبط بعد ذكر الجنس، والنوع. حكى القاضي أبوسعد الهروي، وغيره فيه قولين.

أحدهما: أنه يتعرض للأوصاف التي يعتبر ذكرها في السلم[3].

والثاني: أنه يتعرض للقيمة، ويستغني بها عن ذكر الصفات. قالوا: والصحيح أن الركن في تعريف ذوات الأمثال: ذكر الصفات، وذكر القيمة مستحب، وفي تعريف ذوات القيم: الركن والقيمة. وذكر الصفات، مستحب[4] وأما الإمام، وصاحب الكتاب، فإنهما لما ذكرا على طريقتهما أن[5] في الكرباس ونحوه، لا ترتبط الدعوى بالعين، قالا: لابد[6] من ذكر القيمة فأنها التي ترتبط الدعوى والبينة، والحكم بها، فيدعي كرباساً قيمته عشرة دراهم مثلاً، وكذلك: في العبد، إذا لم تسمع البينة على عينه، وهذا ما أراد بقوله في الكتاب "فيتعلق الحكم بقيمته، ويجب ذكر القيمة" ولو بحث عن قولهما: بأن الدعوى، والحكم، والبينة، ترتبط بالقيمة دون العين، لولد البحث إشكالاً صعباً، لأن العين، إن تلفت فالمطالبة، بالمثل، أو القيمة، وهو[1] دعوى

لعل الصواب وذكر القيمة

---

(١) "الشيات" جمع "شية" وهي كل لون يخالف معظم لون الفرس وغيره. ذكره على هامش الروضة ٢٠/٤.

(٢) "الشامات" جمع "شامة" وهي الخال في الجسد. ذكره في المصباح ٣٢٩/١.

(٣) "السَّلَمُ" ويقال فيه: "السلف" سمي سلماً لتسليم رأس المال فيه. وسلفاً، لتقديمه على تسليم المبيع. فهو لغة، التعجيل والتأخير. انظر: شرح الجلال المحلى ٢٤٥/٢، والمصباح ٢٨٥/١ و ٢٨٦.
وشرعاً: بيع شيء موصوف في الذمة بلفظ السلم". انظر: نهاية المحتاج ١٧٨/٤.
وانظر لمعرفة شروط السلم، والأوصاف التي ذكرها. الوجيز ١٥٦/١، والروضة ٣/٤ و ٢٠، وشرح الجلال المحلي ٢٤٥/٢، ونهاية المحتاج ١٧٨/٤.

(٤) من قوله "وفي تعريف ... مستحب" ليست في: ظ.

(٥) "أن" ليست في: ز.

(٦) "لا" ليست في: أ.

(١) "وهو" ليست في:

الدين وليس ذلك مما نحن فيه في شيء، وما دامت العين باقية فالمدعي لايستحق القيمة، فكيف يطلبها، وكيف يحكم القاضي بها؟ وإن كان المراد أن يدعي قدر القيمة من المال في يده، ويحكم له بذلك من غير تعيين، فهذا شيء لا عهد به، وإن كان المراد أنه يعتمد في طلب العين، والحكم بها ذكر القيمة دون الصفات، والحلى، فهذا ذهاب إلى أنه يسمع الدعوى بالعين، ويحكم بها، لكن اعتماداً على القيمة دون الصفة، وذلك لايلائم نظم الكتاب وسياقه. والله أعلم.

وذكرا[١] بناءً على طريقتهما: أن أوصاف السلم[٢]، لا يكتفى بها في الدعوى بحال، لأن المقصود هاهنا، التعين، فيراعى ماكان أفضى إليه. والمسلم فيه دين، فيحترز فيه عن الاستقصاء المؤدي إلى عزة الوجود، ثم يكتب القاضي إلى قاضي بلد المال بما جرى عنده من مجرد قيام البينة، أو مع الحكم إن جوزنا الحكم المبرم، فإن أظهر الخصم هناك عبداً آخر، بالاسم، والصفات المذكورة في[٣] يده، أو في يد غيره، فقد صار القضاء مبهماً، وانقطعت الطلبة في الحال، كما سبق بيانه في المحكوم عليه[٤].

وإن لم يأت بمدفع، فإن كان الكتاب، كتاب حكم، على قولنا بتجويزه، فيحلف المدعي أن هذا المال، هو الذي شهد به شهوده عند القاضي فلان، ويسلم إليه، وكذلك ذكره ابن القاص في "أدب القاضي"[٥]، وإن كان كتاب سماع البينة فينتزع المكتوب إليه المال ويبعث به إلى بلد الكاتب ليشهد الشهود على عينه، وفي طريقة قولان، أشهرهما: وهو الذي أورده ابن الصباغ وغيره، أنه يسلمه إلى المدعي، ويأخذ منه كفيلاً ببدنه.

وقال: أبوالحسن العبادي: يكفله[٦] قيمة المال، فإن ذهب به إلى القاضي

---

(١) في: أ، ب، ظ "وذكر".

(٢) انظر: اوصاف السلم. الوجيز ١/١٥٦، والروضة ٤/١٦.

(٣) في: ز "أما في يده".

(٤) انظر: ص ٤ ، والوجيز ٢/٢٤٤، والروضة ١١/١٨٢. كما أثبتناه

(٥) "أدب القضاء" في ز وفي أ، ب، ظ "آداب القضاء". والصواب "أدب القاضي"! انظر: ٢/٣٥١.

(٦) في: أ "يكلفه".

الكاتب، وشهد الشهود على عينه، وسُلِّمَ له، كتب القاضي بذلك ليبرأ الكفيل، وإلا فعلى المدعي الرد، ومؤنته، ويختم العين، عند تسليمها إليه بختم لازم، حتى لو كان المدعي عبداً، فيجعل في عنقه قلادة، ويختم عليها، والمقصود من الختم: أن لا يبدل المأخوذ بما لا يستريب[1] الشهود في أنه له، وأخذ الكفيل حتمٌ، والختم ليس بحتمٍ، كذلك[2] حكى المتلقي عن الإمام. وعلى هذا القول. لو كانت الدعوى في جارية، فقد أطلق في "الإبانة" وجهين، في أنه هل يبعث المكتوب إليه إلى الكاتب؟ ومنهم من قال: لا فرق بينهما وبين العبد، وقيل: لا يسلمها إلى المدعي، ولكن إلى أمين. في الرُّفْقَة، وهذا حسن[3]. ثم المفهوم من كلام الجمهور أن الشهود، إن[4] شهدوا على عينه عند القاضي الكاتب يسلمه إلى المدعي، وقد تم الحكم له، ثم يكتب لبراءة الكفيل على ماذكرنا. وفي "الفروق" للشيخ أبي محمد: أنه يختم على رقبته ختماً ثانياً. ويكتب: بأني حكمت[5] به لفلان، ويسلمه إلى المكتوب له[6]، حتى رده إلى القاضي الثاني، فيقرأ الكتاب، ويطلق الكفيل، ويسلم العبد، إلى المدعي.

القول الثاني: أن القاضي بعد الانتزاع يبيعه من المدعي، ويقبض الثمن ويضعه عند عدل، أو يكفله بالثمن، فإن سلم للمدعي بشهادة الشهود على عينه عند القاضي الكاتب، كتب لرد الثمن، أو ابرأه الكفيل، وبان بطلان البيع، وإلا فالبيع صحيح، ويسلم الثمن إلى المدعى عليه، وهذا بيع يتولاه القاضي للمصلحة، كما يبيع الضوال[7]. وحكى الفوراني بدل هذا القول: أنه يسلم إليه المال، ويأخذ القيمة

---

(١) في: أ "ترتب".

(٢) في: أ "لذلك".

(٣) قال النووي: "هذا هو الصحيح، أو الصواب" الروضة ١١/١٩٠.

(٤) في: ز "اذا".

(٥) في: أ، ب، ظ "بأني حكمته".

(٦) في: ب "إليه" وفي ظ "عليه".

(٧) "الضوال" جمع "ضالة" "بالهاء للذكر والأنثى ..." و "ضل البعير غاب، وخفي موضعه" و "أضللته" بالألف فقدته.

قال الأزهري و"أضللت الشيء بالألف إذا ضاع منك، فلم تعرف موضعه، كالدابة، والناقة وما أشبههما...". ذكره في المصباح ١/٣٦٤.

فيدفعها إلى المدعى عليه، للحيلولة[١] بينة، وبين مايزعمه ملكاً، ثم هذه القيمة مستردة سواء ثبت أن المال للمدعي، أو لم يثبت. أما إذا ثبت فظاهر.

وأما إذا لم يثبت فلأنا أخذناها للحيلولة فإذا أرتد المال إلى المدعى عليه، فلابد من رد القيمة. وبعدُ فلنتكلم في لفظ الكتاب، قوله: "الركن الرابع المحكوم به" لفظ المحكوم به، وإن شمل الحاضر، والغائب، ومالا يوصف بحضور، ولا غيبة، كالدين، وحد القذف، لكن الغرض هاهنا الكلام في المحكوم به الغائب، ولذلك[٢] قال: "وذلك[٣] لايخفى في الدين" وقوله: "والعقار الذي يمكن تعريفه بالحد" يعني: أنه وإن كان ببلد آخر، يجوز الحكم به لتعينه، وتمييزه بالحدود. وقوله: "أما العبد، والفرس، وما يتميز[٤] بعلامة" قصد بقوله: "وما يتميز[٥] بعلامة" تقييد الأقوال المذكورة ببعض المنقولات، وهي التي تتميز بالصفات، والعلامات والأنساب دون التي تتشابه، ولا تتميز بعلامة، واسم، ونسب على ماحكيناه عن نقله، ونقل الإمام. وقوله "ففي الحكم على غيبته ثلاثة أقوال" الأقوال الثلاثة، لا تجري في الحكم وحده، وإنما تحصل إذا أخذنا بسماع البينة، والحكم معاً حتى يُفَرَّقَ بينهما في الثالث، فإذا اللفظ يفتقر إلى إضمارٍ؛ وقوله: "والثاني: أنه[٦] كالكرباس، وسائر الأمتعة" بنى هذا على طريقته القاطعة بأن الكرباس، ونحوه لاتسمع البينة عليه، ولا يحكم به، وهو غائب فجعله مقيساً عليه لأحد الأقوال في العبد، والفرس، ثم بين أن الحكم حينئذٍ يتعلق بالقيمة، فيجب ذكرها، وعاد إلى العقار فبين أن العقار، وأن العبد، والفرس على القول الأول، لا[٧] يحتاج إلى ذكر قيمتها في أصح الوجهين. وقوله: "وفي وجه لايكفي ذلك" التعبير عن هذا الخلاف بالقول، أكثر منه بالوجه. وقوله: "ثم تسترد لو ثبت ملكه" عرفت إنها تسترد وإن لم يثبت الملك إذا ارتفعت الحيلولة. والله أعلم.

---

(١) في: أ "للحيلولة".
(٢) في: أ، ب "فكذالك".
(٣) "وذلك" ليست في: أ، ب، ظ.
(٤) في: ز "ومالا يتميز".
(٥) في: ز "ومالا يتميز".
(٦) "إنه" ليست في: أ، ب، ظ.
(٧) "لا" ليست في: أ.

[إذا كان المحكوم به غائباً عن مجلس الحكم]

(قال [الغزالي]: أما إذا كان المحكوم عليه حاضراً، والعبد حاضر، ولم يحضره المدعى عليه[١]، طولب بإحضاره بعد قيام الحجة على الصفة، وإن[٢] عرف القاضي العبد، حكم به، دون إحضاره[٣]، وإن أنكر وجود مثل هذا العبد في يده، فعلى المدعي البينة[٤] على أنه في يده، فإن أقام، أو حلف بعد نكول المدعى عليه، استفاد به، حبسه إلى أن يحضره، ويتخلد عليه الحبس، فلا يتخلص إلا بالإحضار، أو دعوى التلف، حتى تقبل منه القيمة، و[٥]تقبل دعوى التلف للضرورة كيلا يتخلد الحبس عليه[٦] فإن حلف أنه ليس في يده هذا العبد الموصوف، ولم تكن بينة بطلت[٧] الدعوى، فسبيل المدَّعِي إذا علم [٨] أنه يحلف أن يحوِّل الدعوى إلى القيمة، فإن ذلك يثبت بالشهادة على الصفة. و[٩]لو قال: أدَّعي عبداً قيمته عشرة، فإما أن يرد العين أو القيمة، ففي صحة الدعوى مع التردد، وجهان، واصطلحت[١٠] القضاة على قبولها للحاجة).

الحالة الثانية: إذا كانت العين المدعاة غائبة عن مجلس الحكم، دون البلد، فإن كان الخصم حاضراً، فيؤمر بإحضارها ليقيم البينة على عينها، ولا تسمع الشهادة على الصفة، هذا هو الجواب في فتاوى القفال، تشبيهاً بما إذا كان المدعى عليه حاضراً في البلدة[١١]، فإنه لا تسمع الشهادة، وهو غائب عن مجلس الحكم.

---

(١) "عليه" ليست في: أ.
(٢) في: أ، ب، ظ "فإن".
(٣) في: ز "الإحضار".
(٤) في: أ، ب، ظ "بينة".
(٥) "و" ليست في: أ، ب.
(٦) "عليه ليست في: أ، ب.
(٧) في: أ، ب، ظ "بطل".
(٨) في: ز "بطل".
(٩) في: أ، ب "فلو".
(١٠) في: أ، ب، ظ "واصطلح".
(١١) في: أ، ب، ظ "البلد وإن".

واعلم أن في هذه الصورة المشبه بها خلافاً سيأتي من بعد[١]. ويشبه أن يجيء ذلك الخلاف هاهنا أيضاً، فإن جاء انتظم أن يرتب فيقال: إن لم تسمع البينة على العين الغائبة عن البلد اعتماداً على الصفة، فأولى أن لا تسمع إذا كانت حاضرة ويؤمر بإحضارها، وإن سمعناها هناك فهاهنا: وجهان. ثم إنما يؤمر بإحضار مايمكن إحضاره وبتيسير[٢].

أما مالا يمكن[٣] إحضاره كالعقار، فيحدّه المدعي، ويقيم البينة عليه بتلك الحدود، فإن قال: الشهود: نعرف العقار بعينه ولا نعرف الحدود، بعث القاضي من يسمع البينة على عينه أو حضر بنفسه، فإن كان المشار إليه بالحدود المذكورة في الدعوى حكم، وإلا لم يحكم.

ولو كان العقار معروفاً لا يشتبه، فلا حاجة إلى التحديد، وأما ما يعسر إحضاره كالشيء الثقيل، وما أثبت في الأرض، أو ركب في الجدار، وأوْرَثَ قَلْعُهُ ضرراً فيصفه المدعي، ويحضر القاضي عنده، أو يبعث من يسمع الشهادة على عينه، وإن لم يمكن وصفه حضر القاضي عنده، أو بعث لسماع الدعوى على عينه، وذكر صاحب الكتاب. هاهنا وفي "الوسيط"[٤] أن العبد المدعي لو كان يعرفه القاضي حكم به، دون الإحضار، وجعل هذه الصورة، كالمستثناة عن صورة وجوب الإحضار، وهذا إن[٥] كان المراد منه العبد المعروف بين الناس، فهو واضح، كما ذكرنا في العقار المعروف، وفي العبد المشهور الغائب عن البلد[٦]. فأما الذي يختص القاضي بمعرفته، فإن كان عالماً بصدق المدعي، وحكم بناءً على علمه، تفريعاً على جواز الحكم بالعلم، فهو

---

(١) وهو مسألة "ما إذا كان المدعى عليه في البلد، هل تسمع الشهادة عليه مع غيبته عن المجلس؟ ... فيه أوجه ... والصحيح: المنع ... انظر: الروضة ١١/١٩٤.

(٢) في: ز "وبتيسر".

(٣) من قوله "وإن سمعناها ... أما مالايمكن". ليست في: ب.

(٤) انظر: الوجيز ٢/٢٦٢. والوسيط ٧/٣٢٩.

(٥) في: أ، ب، ظ "وإذا".

(٦) انظر: الروضة ١١/١٨٨.

قريب[١] أيضاً، أما إذا كان يحكم بالبينة، فالبينة تقوم على الصفة، فإذا لم تسمع/ البينة على الصفة، وجب أن يمتنع[٢] الحكم. وا لله أعلم. (٤٨٤/ز)

وذكر في "الوسيط"[٣] أيضاً أنه لايلزمه إحضار الكرباس ونحوه، لأنه يتماثل. وإن أحضر، وهذا إشعار بأن الكرباس الحاضر لايمكن توجيه الدعوى، والبينة، على عينه، ولا شك في بُعدِ هذا الكلام، ومتى قلنا بلزوم[٤] الإحضار، فذلك إذا اعترف المدعى عليه، باشتمال يده على مثل تلك العين، فإن أنكر اشتمال يده على عين بالصفة المذكورة، فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف كان للمدعي أن يدعي القيمة عليه لاحتمال أنها هلكت. قاله صاحب "التهذيب" وغيره. وإن نكل فحلف المدعي أو أقام البينة حين أنكر المدعى عليه، كلف إحضاره، وحُبِس ولايطلق إلا بالإحضار، أو بأن يدعي التّلف، فتؤخذ منه القيمة، وتقبل منه دعوى التلف، وإن كان على خلاف قوله الأول ضرورة أنه قد يكون صادقاً، ولو لم يُقْبل قوله: لتخلد عليه الحبس، وفي كلام بعض الأصحاب أنه لايطلق إلا بالإحضار[٥]، أو بأن يقيم بينة على التلف، وإذا لم يدر المستحق أن العين باقية ليطالب بها، أو تالفة ليطالب بقيمتها، فادعى[٦] على التردد، وقال: غصب مني كذا، فإن كان باقياً فعليه رده، وإن كان تالفاً؟ ففيه[٧] فوجهان:

أحدهما: أنه لا تسمع هذه الدعوى، لأنها غير جازمة، بل يدعى العين، ويحلف عليها، ثم ينشيء دعوى القيمة، ويحلف عليها، ويحكى هذا عن القاضي الحسين.

وأولاهما، وعليه اصطلاح القضاة. أنها تسمع للحاجة[٨]. وعلى هذا فيحلف،

---

(١) في: ب "مرتب".
(٢) في: ز "يمنع".
(٣) ٣٣٠/٧.
(٤) في: أ، ب، ظ "يلزم".
(٥) في: أ، ب "إلا بأحضاره". وفي : ب " بالاحضار".
(٦) في: أ، ب، ظ "وادعى".
(٧) في: أ، ب، ظ "فقيمته".
(٨) وهو الصحيح. انظر: الروضة ١٩٢/١١.

أنه لايلزمه رد العين، ولا قيمتها، ويجري الوجهان، فيما إذا سلَّم[١] ثوباً إلى دلال ليبيعه، فطالبه به، فجحد، ثم لم[٢] يدر صاحب الثوب أنه باعه، ليطالب بالثمن[٣]. أو تلف ليطالبه بالقيمة، أو هو باق[٤] ليطالب بالعين، فعلى الوجه الأول: يدعي العين في دعوى، والقيمة في أخرى[٥]، والثمن في[٦] أخرى، وعلى الثاني: يدعِي أن عليه رد الثوب، أو ثمنه إن باعه[٧]، وأخذ ثمنه، أو قيمته، ويحلف الخصم يميناً واحدة أنه لايلزمه تسليم الثوب، ولا قيمته، وقد ذكر هذه الصورة في الكتاب في"الدعاوى، والبينات"[٨] وجميع ماذكرنا فيما إذا كان الخصم حاضراً.

فإن كان غائباً، والمال في البلد كما وصفنا، فيحضر مجلس الحكم أيضاً ويؤخذ ممن في يده ليشهد الشهود على عينه[٩]. وقوله في الكتاب "طولب بإحضاره بعد قيام الحجة على الصفة" هذا التقييد غير مساعد عليه، بل الحجة على الصفة. والحالة هذه غير مسموعة[١٠] على عينه على ما في فتاوى القفال. وقد صرح بعض من درس على الإمام: بأنه يلزم المدعى عليه الإحضار قبل قيام البينة كما يلزم الحضور بنفسه، وقوله "وإن[١١] حلف أنه ليس في يده هذا العبد الموصوف" إلى قوله "فإن ذلك يثبت بالشهادة على الصفة" قد يفهم منه أن دعوى العين إذا لم تتمش[١٢] بطلت دعواه بالكلية، فالخصم[١٣] إذا عرف أن المدعى عليه، لايبالي باليمين، ولم تكن له[١٤] بينة أن

---

(١) في: أ، ب "أسلم".
(٢) في: ب "فلم".
(٣) في: ب "بالقيمة".
(٤) في: ب، ظ "أو بقي".
(٥) في: ب "ويدعي القيمة".
(٦) "والثمن في أخرى" ليست في: أ.
(٧) في: أ، ب، ظ "باع".
(٨) انظر: الوجيز ٢/٢٦٢.
(٩) "عينه" ليست في: أ.
(١٠) "على عينة" ليست في: أ، ز.
(١١) في: أ "ولو".
(١٢) في: أ، ب، ظ " لم تمش".
(١٣) في: ب، ز ، ظ "فالحزم".
(١٤) "له" ليست في: أ.

يدعي القيمة من الابتداء، لكنّا بينا، أنه إذا انقطعت دعوى العين كان له أن يدعي القيمة، ولا يسقط طلبه[١] بالكلية، فليكن معنى الكلام. أنه إذا لم يجد بينة وعرف أن الخصم يحلف، فلا فائدة في دعوى العين، فليعرض عنها[٢]، وليدع القيمة.

وقوله "فإن القيمة تثبت بالشهادة على الصفة" إن كان المراد منه، أنه[٣] إذا شهد الشهود، على أنه غصَبَ منه عبداً مثلاً بصفة كيت وكيت، ثم فُرِضَ موت العبد، يستحق المشهود له بتلك الشهادة، قيمته على تلك الصفة. فهذا صحيحٌ، وقد حكاه صاحب "العدة" لكن طلب القيمة من غير أن يعلم موته فيه إشكال على مامرَّ.

فرع : لو كان الخصم حاضراً، والمدعي ببلدة أخرى، فقياس مافي الفصل السابق. أنّا إنْ قلنا: تسمع البينة بالمال الغائب، ويحكم[٤] به، فالقاضي يحكم عليه، وإن لم نجوِّز إلا السماع، فإذا سمع البينة أمر بنقل المدعي إلى مجلسه ليشهد الشهود على عينه، كما يفعله[٥] القاضي المكتوب إليه، عند غيبة الخصم.

(قال [الغزالي]: فرع: لو أحضر العبد الغائب، فلم[٦] يثبت ملك المدعي[٧] فعليه مؤنة الإحضار، ومؤنة الرد، ولا يغرم منفعة العبد التي تعطلت، كما لايغرم[٨] منفعة المحكوم عليه، ويحتمل هذا للحاجة).

[فصل: في مؤنة الإحضار والرد]

[قال الرافعي] ذكرنا أن المدعي إن كان في البلد يكلف المدعى عليه إحضاره[٩]

---

(١) في: أ، ز "طلبته".
(٢) في: ز "هاهنا".
(٣) "أنه" ليست في : أ.
(٤) في: أ، ب، ظ: "فيحكم به القاضي".
(٥) في: ز "كما فعله".
(٦) في: أ، ب، ظ "و لم".
(٧) في: أ، ب، ظ "المدعى فيه".
(٨) في: أ، ب، ظ "يلزمه".
(٩) في: أ "الإحضار".

وإن كان غائباً عن البلد بعثه[١] القاضي المكتوب إليه، على يدي المدعـي، و لم يقـل[٢]: إنه يكلف المدعى عليه الإحضار، كان الفرق بُعْدَ الشقة[٣]، وكثرة المشقة، كما يكلف الحضور هناك، ولا يكلف هاهنا. إذا عُرِفَ ذلك: فحيث يؤمر المدعي عليه بالإحضـار فأحضره[٤]. قال في "التهذيب" إن ثبـت أنـه للمدعـي، فمؤنـة الإحضـار علـى المدعـى عليه، وإلا فعلى المدعِي مؤنة الإحضار، والرد جميعاً.

وحيث يبعثه القاضي المكتوب إليه إلى بلد الكاتب، إن لم[٥] يثبت أنه للمدعي، فعليه رده إلى موضعه بمؤناته، وتستقر عليه مؤنة الإحضار، أن تحملهـا مـن عنـده. وإن ثبت أنه له، فقياس ماحكينا عن "التهذيب" أنه يرجع بمؤنة الإحضار على المدعى عليه. وفي "أمالي" أبي الفرج السرخسي - أن القاضي: ينفق على النقل من بيت المـال، فـإن لم يكن في بيت المال شيء استقرض، فإن ثبت كـون المـال للمدعِـي[٦] كلـف المدعـي عليه، رد القرض لظهور تعديه، وإلا كلف المدعـي رده لظهـور تعديـه[٧]، ثـم[٨] ذكـر أصحابنا العراقيون، وصاحب "التهذيب" وغـيرهم: أنـه إذا نقـل المدعي المـال إلى بلـد القاضي الكاتب، و لم يثبت كونه له يجب على المدعي مع مؤنـة الـرد أجـرة المثـل لمـدة الحيلولة، و لم يتعرضوا لذلك في مدة تعطل المنفعة إذا أحضره[٩]، المدعى عليه، وهـو في البلد، فَأَفْهَمَ سكوتهم[١٠] عنه أنهـم سـامحوا بـه في هـذه الحالـة، و لم يوجبوا الأجـرة، وعلى هذا المفهوم جرى في الكتاب، فقال: "ولا يغرم[١١] منفعة العبد التي تعطلت"[١٢]

---

(١) في: أ، ب، ظ "يبعثه".
(٢) في: أ، ب، "ينقل".
(٣) في: أ "المشقة".
(٤) "فأحضره" ليست في: أ، ب، ظ.
(٥) في: أ، ظ "ولم يثبت". وفي: ب "أو لم".
(٦) "للمدعى، كلف" ليست في: أ، ب، ظ.
(٧) في: ب، ز "تعنته".
(٨) "ثم" ليست في: ب، ظ.
(٩) في: أ، ب، ظ "أحضره".
(١٠) في: ز "سكوته".
(١١) في: ب، ظ "ولا يلزم".
(١٢) في: ب، ظ "بطلت".

وليحمل ماذكره على إحضار المدعىٰ عليه العبد الغائب عن مجلس الحكم دون البلد خاصة، لأنه لو أجرى على[1] إطلاقه لكان ماذكره مخالفاً لكلام الأصحاب في الغائب[2] عن البلد، وسبب احتمال تعطل المنفعة، توقير مجلس القاضي، واقتضاء مصلحة الإيالة، ترك المضايقة في حضوره، وسبب الفرق بين الحالتين زيادة الضرر هناك. وا لله أعلم.

[فصل : في الركن الخامس: وهو المحكوم عليه الغائب]

(قال [الغزالي]: الركن الخامس المحكوم عليه، وشرطه أن يكون غائباً فوق مسافة العدوى، فإن كان في البلد، فالصحيح: أنه لايجوز سماع البينة، دون حضوره، وإن توارى، أو تعذر، فالصحيح، أنه يقضي عليه، كالغائب، ومهما غاب إلى مسافة العدوى، ولم يكن في موضعه، حاكم، جاز للقاضي إحضاره، ولكن[3] بعد قيام البينة، أما مجرد الدعوى، فلا وإن كان للغائب مال في البلد، وجب التوفية منه، وهل يطالب بكفيل؟ فيه وجهان).

[قال الرافعي] الفصل يشير إلى ثلاث قواعد[4]:

إحداها: الأصل أن لايسمع القاضي البينة، ولا يحكم إلا بحضرة الخصم. أما أنه[5] لايسمع البينة. فليأمن[6] خطأ الشهود، في المشهود عليه، وليطعن فيهم[7]، إن وجد مطعناً، وليمتنعوا إن كانوا[8] كذبه حياءً منه، أو خوفاً.

وأما أنه[9] لايحكم: فليأتي بمدفع أن وجده، إلا أن هذا الأصل قد يترك

---

(١) "على" ليست في: ز.

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٤٦، والروضة ١١/١٩٣.

(٣) "ولكن" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: ظ "مسائل".

(٥) في: أ، ب، ظ "إن".

(٦) "من" ليست في: أ.

(٧) في: أ، ب، ظ "فيه".

(٨) في: أ، ز "كان".

(٩) في: أ ، ب، ظ "أن".

لأسباب[١] تقتضيه. وتفصيلها: أن يقال: إذا لم يكن الخصم حاضراً في مجلس الحكم، فإما أن يكون في البلد، أو لا يكون. إن كان في البلد، نظر، إن كان[٢] ظاهراً يتأتى إحضاره، فأصح الوجهين، وقطع به بعضهم أنه لايجوز سماع الدعوى، والبينة عليه، لأن أمر القضاء، مبني على الفصل بأقرب الطرق[٣].

ولو أحضر ربما أقر فأغنى عن سماع البينة، والنظر فيها.

والثاني: الجواز، لأنه إما منكر، فهذا سماع بينة على المنكر أو مقر فتؤكد البينة إقراره، وعلى هذا، فهل يحكم عليه؟

فيه وجهان: أحدهما: نعم، كالغائب، لما سمع عليه البينة حكم.

وأصحهما: المنع، بل يجب إحضاره ليأتي بمطعن إن أمكنه بخلاف الغائب عن البلد[٤]، فإن انتظاره يطول، وأُجْرِىَ الخلاف في الحاضر في مجلس الحكم، هل تسمع البينة عليه، ويحكم من غير سؤاله، ومراجعته؟ والمنع هاهنا، أظهر وأولى.

وإن كان يتعذر إحضاره بأن كان متوارياً، متعززاً متغلباً، فيجوز سماع الدعوى، والبينة، والحكم عليه، وإلا اتخذ الناس، التواري، والامتناع ذريعة إلى إبطال الحقوق. وعن القاضي الحسين. وجه آخر: أنه لايجوز، ولا يلحق الامتناع بالعجز، كما لايلحق منع الثمن بالعجز في ثبوت حق الفسخ للبائع، وإن لم يكن في البلد نظر: إن غاب إلى مسافة بعيدة، جاز الحكم عليه كما سبق. وإن كانت قريبة، فهو كالحاضر في البلد، وبما يضبط القرب، والبعد؟ فيه وجهان: أحدهما: أن المسافة البعيدة، هي التي تقصر فيها الصلاة.

والقريبة مادونها. وأرجحهما على ماذكره صاحب الكتاب: إن المسافة التي يتمكن المبكر إليها من الرجوع إلى مسكنه ليلاً، قريبة. وتسمى هذه المسافة العدوى،

---

(١) في: أ "الأسباب".
(٢) من "أو لايكون ... إن كان" ليست في: أ.
(٣) في: ز "البلد".
(٤) في: ز "الطرق".

فإن زادت فهي بعيدة، وللقاضي[١] أن يحكم على من عاد إليها، لأن في إحضاره مفارقة الأهل، بالليل. وقوله في الكتاب "المحكوم عليه، وشرطه أن يكون غائباً، فوق مسافة العدوى" المراد المحكوم عليه الغائب[٢]، إذ الغيبة ليست شرطاً في المحكوم عليه مطلقاً بل الحكم على الحاضر أجود منه على الغائب، لكن الباب من أصله معقود في القضاء على الغائب، فأراد أن يبين أن الغيبة المجوزة للقضاء، أيّةُ غيبة هي. ويجوز أن يعلم قوله: "فوق مسافة العدوى" بالواو، للوجه الآخر المعتبر لمسافة القصر. وقوله "فإن كان في البلد، فالصحيح" يجوز إعلام لفظ الصحيح بالواو، لطريقة من قطع بالمنع وقد حكاها القاضي ابن كج وغيره. وقوله "في المتواري، والمتعذر[٣]، الصحيح أنه يقضي عليه كالغائب" يمكن أن يستفاد من التشبيه والإلحاق بالغائب، أنه يحلف المدعي كما يحلف المدعي على الغائب، وقد صرح به بعضهم، وفي "العدة" أنه لايحلف هاهنا، لأن الخصم قادر على الحضور. ولو كان للمتمرد[٤] وكيل نصبه بنفسه، فهل يتوقف التحليف على طلبه؟ فيه جوابان[٥] لأبي العباس الروياني، لأن الاحتياط، والحالة هذه من وظيفة الوكيل، وكذا، لو كان للغائب وكيل.

الثانية: من أتىٰ القاضي مستعدياً على خصمه ليحضره فخصمه، إما أن يكون في البلد، أو خارجه.

الحالة الأولى: إذا كان في البلد، وكان ظاهراً يمكن إحضاره وجب إحضاره. وقال: مالك: إن كان من أهل المروءات لم يحضره إلا أن يعرف بينهما معاملة، صيانة له[٦] عن الابتذال[٧]. وعن ابن سريج: أنه يحضر ذوي المروءات في داره، لا في مجلس الحكم. والمذهب: أنه لافرق[٨]. ثم الإحضار قد يكون بختم من طين رطب، أو غيره،

---

(١) في: أ، ب، ظ "فللقاضي".

(٢) "الغائب" ليست في: أ.

(٣) في: ز "المتعزز".

(٤) في: أ "المتمرد".

(٥) في: أ "جواباً".

(٦) "له" ليست في: ز.

(٧) انظر: مختصر خليل، ص ٢٦٣.

(٨) انظر: الروضة ١١/١٩٤، ونهاية المحتاج ٨/٢٦٦.

يدفعه إلى المدعي ليعرضه على الخصم، وليكن مكتوباً عليه، أجب القاضي فلاناً، وقد يكون بِمُحْضِرٍ من الأعوان المرتبين على باب القاضي، وتكون مؤنته على الطالب إن لم يرزقوا من بيت المال. وإن بعث بالختم، فلم يجب، بعث إليه العون، وإذا ثبت عند القاضي امتناعه من غير عذر، أو سوء أدب، بكسر الختم، ونحوه استعان على إحضاره بأعوان السلطان، فإذا أُحْضِرَ عَزَّرَهُ على مايراه، وتكون مؤنة المُحْضِر. والحالة هذه على المطلوب لامتناعه. وفي "الجرجانيات" /وجه آخر: أنها على المدعي أيضاً. فإن (٤٨٦/ز) استخفى بعث من ينادي على باب داره، أنه إن لم يحضر إلى ثلاثٍ، سُمِّرَ باب داره، أو ختم عليه، فإن لم يحضر[1] بعد الثلاث، وسأل المدعي التسمير، أو الختم أجابه إليه، وينبغي أن يتقرر عنده أن الدار داره، وإذا عرف له موضع، قال ابن القاص: يبعث القاضي نفراً من النسوة، والصبيان والخصيان يهجمون عليه على هذا الترتيب، ويفتشون. ومتى كان للمطلوب عُذْرٌ مانع من الحضور، لم يكلفه الحضور، بل يبعث إليه من يحكم بينه وبين خصمه، أو يأمره بنصب وكيل ليخاصم عنه، فإن دعت الحاجة إلى تحليفه بعث إليه من يحلفه، والعذر، كالمرض، وحبس الظالم، والخوف منه، وفي[2] كون المرأة مخدرة خلاف سيأتي[3].

الحالة الثانية: إذا كان خارج البلد فينظر: إن كان خارجاً عن محل ولاية القاضي، لم يكن له أن يحضره، وإن كان في محل ولايته، فإن كان له في ذلك الموضع نائبٌ، لم يحضره، بل يسمع البينة، ويكتب إليه[4]، وحكى أبوالعباس الروياني وجهاً: أنه يلزم إحضاره[5]، إذا طلب الخصم، وهذا قضية إيراد صاحب "التهذيب" فيما إذا كان المطلوب على مسافة العدوى، وبه أجاب في "العدة" وفي "أمالي" أبي الفرج السرخسي: تخيير القاضي بين أن يحضر المطلوب، وبين أن يسمع البينة، ويكتب إلى

---

(١) في: أ "يحضره".

(٢) "و" ليست في: ظ.

(٣) انظر: ص ٤٦٠، والوجيز ٢٤٦/٢، والروضة ١٩٧/١١.

(٤) وهذا هو الصحيح. ذكره النووي في الروضة ١٩٥/١١. وانظر: مغني المحتاج ٤١٦/٤.

(٥) في: أ "إخباره".

نائبه، وإن لم يكن هناك نائب، فثلاثة أوجه: أحدها: وبه أجاب أصحابنا العراقيون: أنه يحضره قربت المسافة أم بعدت.

نعم،له أن يبعث إلى بلد المطلوب من يحكم بينه، وبين المستعدي.

والثاني: إن كان على مادون مسافة القصر، أحضره، فإن زادت فلا.

والثالث: إن كان على مسافة العدوى، أحضره، وإن زادت، فلا.

وهذا أظهر عند الإمام، وهو الذي أورده في الكتاب[1]. فقال: "ومهما غاب إلى مسافة العدوى" فقيد الحكم بمسافة العدوى. وقوله "ولم يكن في موضعه حاكم" يجوز إعلامه بالواو لما عرفت: أن في وجه يحضر، وإن كان هناك حاكم.

وإذا قلنا: لايحضره إذا كان هناك حاكم، فكذلك لايحضره إذا كان هناك من يتوسط[2] ويصلح بينهما. بل[3] يكتب إليه ليتوسط[4]، ويصلح، فإن تعذر عليه فحينئذٍ يحضره، وحيث قلنا: يحضر الخارج عن البلد، فقد ذكر الإمام، وصاحب الكتاب، أنه إنما يجب أن يحضره[5] إذا أقام[6] المدعي بينته[7] على مايدعيه، فإنه قد تكون له حجة، فيتضرر الخصم بالإحضار، وبمثله أجاب في "العدة" لكن قد تكون حجة، ويريد تحليفه فلعله ينزجر، ولم يتعرض الأكثرون، لما ذكراه[8]، ولكن قالوا: يبحث القاضي عن دعواه، وعن جهتها، فقد يريد مطالبته بما لايعتقده القاضي[9]، كالذمي، يريد إحضار

---

(١) الوجيز ٢٤٦/٢، وانظر: الوسيط ٣٣٢/٧، التهذيب ٢٠٥/٨، والروضة ١٩٧/١١، ومغني المحتاج ٤١٦/٤.
(٢) في: ز "من يتوسط بينهما".
(٣) في: ب، ظ "بأن".
(٤) في: ب، ظ "للتوسط"
(٥) في: أ ، ب، ظ "يحضر".
(٦) من قوله "يحضر الخارج عن .... إذا أقام" ليست في: ب، ظ.
(٧) في: ز "بينة المدعى" وفي: ظ "البينة".
(٨) في: أ "ذكروه".
(٩) "القاضي" ليست في: أ، ب، ظ.

المسلم للمطالبة بضمان الخمر، التي أراقها عليه، بخلاف الحاضر في البلد، لايحتاج في إحضاره إلى تقديم البحث، لأنه ليس في الحضور هناك مؤنة ومشقة شديدة.

فرعٌ: لو كان الاستعداء[١] على امرأة خارجة عن البلد، هل يحضرها، وهي عورة؟ وهل يشترط أن يكون الطريق آمناً، ومعها نسوة ثقات؟ وهل على[٢] القاضي أن يبعث إليها محرماً لها لتحضر معه؟.

قال أبوالعباس الروياني: كل ذلك على وجهين: الأصح: أنه يبعث إليها محرماً أو نسوة ثقات[٣].

الثالثة: إذا ثبت على الغائب دين، وله مال حاضر، فعلى القاضي توفية الدين منه، إذا طلبه المدعي، وإذا وفىَّ، هل يطالب المدعي بكفيل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأن الغائب، قد يكون له مدفع إذا حضر، فيحتاط له.

وأظهرهما: المنع، لأن الحكم قد تمّ في الحال والأصل عدم الدافع.

[في القضاء على الغائب في العقوبات]

(قال [الغزالي]: فروع: الأول في القضاء على الغائب في العقوبات، قولان، فلا[٤] يقبل كتاب القاضي إلى القاضي[٥]، ولا الشهادة على الشهادة، في عقوبة على قول. وفي القصاص، أولى بالقبول من الحدود).

[قال الرافعي] بيَّنا أن القضاء على الغائب جائز، وذلك في غير العقوبات.

وأما العقوبات، فما كان حقاً لله تعالى، كحد الزنا، والشرب، وقطع الطريق، فقولان.

---

(١) في: ظ "الاستدعاء".

(٢) في: ز "وعلى هل".

(٣) في: أ، ب، ظ "نسوة ثقات كما في الحج". وانظر: الوسيط ٣٣٢/٧، والروضة ١٩٦/١١، ومغني المحتاج ٤٦٦/٤.

(٤) في: ز "ولا".

(٥) "القاضي إلى القاضي" ليست في: أ.

أحدهما: أنه جائز[1] أيضاً، كما في الأموال، ويكتب إلى قاضي بلد المشهود عليه، ليأخذه بالحق.

وأصحهما: المنع، لمعنيين.

أحدهما: أن الحدود يسعى في درئها[2]، لا في توسيع[3] بابها.

والثاني: أن حقوق الله تعالى تبنى على المساهلة، لاستغنائه[4]، وحقوق العباد على المضايقة، والتشديد لاحتياجهم.

وأما حق الآدمي، كالقصاص، وحد القذف، فالصحيح المنصوص الجواز[5]. وفيه قول مخرّج من[6] حدود الله تعالى.

وقد يرتب، فيقال: إن جوّزنا في حق الله تعالى، ففي حق الآدمي أولى.

وإن منعناها[7] فهاهنا قولان. بناءً على المعنيين، إن قلنا: بالمنع هناك، لأن الحدود يسعى في درئها، وتدفع بالشبهة، فكذلك هاهنا.

وإن قلنا: لأن حدود الله تعالى مبنية على المساهلة، فهذا المعنى مفقود هاهنا، فيجوز، وإذا أخذت مطلق العقوبة، وتركت الترتيب.

قلت: في القضاء على الغائب، في العقوبات، ثلاثة اقوال.

ثالثها: الفرق، وكذلك أورد صاحب الكتاب في "باب الشهادة[8]" والخلاف في الشهادة على الشهادة[9]، وفي[10] كتاب القاضي [إلى القاضي] واحدٍ، لأن كل واحد

---

(١) في: ب، ظ "الجواز" وفي: ز "يجوز".

(٢) في: أ ، ب، ظ "درها".

(٣) في: أ "ولا يفي بطلب توسع"، ب، ظ "ولا يوسع".

(٤) في: أ "والاستغنائه".

(٥) انظر: الوسيط ٣٣٢/٧، والتهذيب ٢٠٤/٨، والروضة ١٩٦/١١، ونهاية المحتاج ٢٦٦/٨.

(٦) في: ز "في".

(٧) في: أ، ب، ظ "منعنا".

(٨) انظر: الوجيز ٢٥٧/٢، وفي ظ "الشهادات".

(٩) "على الشهادة" ليست في: ظ.

(١٠) في: ظ "مع".

منهما يدل على أصل، فلتناسبهما ذكر الشهادة على الشهادة[١]]. مع كتاب القاضي إلى القاضي هاهنا، وأعاد ذكر كتاب القاضي إلى القاضي مع الشهادة على الشهادة في بابها[٢].

ولو اقتصر على ذكر كل واحد منهما في موضعه، أو على ذكرهما جميعاً في موضع واحدٍ[٣] لكفى، ولا فرق في كتاب القاضي إلى القاضي، بين كتاب الحكم، وكتاب النقل، في كلام الجمهور.

وفي "الإبانة" للفوراني: أن الخلاف في كتاب النقل، فأما في كتاب الحكم، فإنه يقبل في حق الله تعالى، وفي حق الآدمي قولاً واحداً.

[الفرع الثاني: في عزل القاضي بعد سماع البينة]

(قال [الغزالي]:/ الثاني: **لو عُزِلَ القاضي بعد سماع البينة، ثم وُليَّ وجبت الاستعادة، ولو خرج من ولايته، ثم عاد، ففي الاستعادة، وجهان).** (٤٨٨/ز)

[قال الرافعي]: إذا سمع القاضي بينة، فعزل، ثم وليِّ، لم يحكم بالسماع الأول لبطلانه بالعزل، بل تجب الاستعادة.

ولو خرج من محل ولايته، ثم عاد فوجهان:

أحدهما: أنَّ الجواب كذلك، لعروض حالة[٤] تمنع[٥] الحكم.

وأظهرهما: أن له أن يحكم به، ولا حاجة إلى الاستعادة[٦]، لأن ولايته باقية، وإنما فقد شرط نفوذ الحكم. ولهذا إذا عاد لم يحتج إلى تولية جديدة، وهذا الفرع، لا اختصاص له بالقضاء على الغائب.

---

(١) من قوله "الى القاضي، واحدٍ ... ذكر الشهادة على الشهادة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) انظر: الوجيز ٢٥٧/٢ و ٢٥٨، والروضة ١٩٧/١١ و ١٨٩.

(٣) "واحدٍ" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) "حالة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: أ، ب، ظ "مايمنع".

(٦) انظر: الوسيط ٣٣٢/٧، الروضة ١٩٧/١١، ومغني المحتاج ٤١٥/٤.

ولو سمع القاضي الشهادة على الغائب، وقدم الغائب قبل أن يحكم، لم تجب الاستعادة، ولكنه يُخْبرُ به، ويمكَّنُ من الجرح.

ولو قدم الغائب بعد الحكم، فهو على حجته في إقامة البينة على القضاء، والإبراء، وفي القدح في الشهود، ولكن لابدَّ، وأن يُؤرِّخَ الجارح[1] فسقه بيوم الشهادة، لأنه إذا أطلق أمكن حدوثه بعد الحكم، وبلوغ الصبي، بعد سماع البينة عليه، أو بعد الحكم كقدوم الغائب.

---

(١) في: أ "الخارج".

[الفرع الثالث: في حضور المرأة المخدرة في مجلس الحكم]

(قال [الغزالي]: الثالث: المخدرة لا تحضر مجلس الحكم للتحليف، بل يبعث إليها القاضي من يحلفها. وفيه وجهٌ آخر: أنه يلزمها الحضور. فقيل[١]: المخدرة هي التي لا تخرج أصلاً إلا لضرورة[٢].

وقيل: هي التي لاتخرج إلى العزاء، والزيارات إلا نادراً).

[قال الرافعي] المرأة المخدرة هل تكلف حضور مجلس الحكم؟ فيه وجهان: أحدهما: ويحكى عن القفال: نعم، كسائر الناس، ولا اعتبار بالتخدير، ولهذا لو حضر شهودٌ يشهدون على امرأة، وقالوا: نشهد على عينها، ولا نعرف[٣] نسبها، فإن القاضي يأمرها[٤] بكشف الوجه، ومعلومٌ أن هذا أعظم عليها من مجرد الخروج، وعلى هذا لو حضر القاضي دارها ليحكم بينها، وبين خصمها، أو بعث من يحكم، كان للخصم أن يمتنع[٥] من دخول دارها، ويطلب إخراجها. وأظهرهما، وبه[٦] قال أبوحنيفة[٧]: إنها لاتكلف الحضور، كالمريض، وسبيل القاضي في حقها، كما سبق في المريض[٨]. واستشهدوا لهذا الوجه بقوله: صلى الله عليه وسلم في قصة العسيف[٩] "واغْدُيا أُنَيس[١٠] على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها"[١١] فبعث إليها، و لم يحضرها.

---

(١) في: أ، ب، ظ "وقيل".
(٢) في: أ، ب، ظ "للضرورة".
(٣) في: أ "يفرق".
(٤) في: أ "أمرها".
(٥) في: أ، ب، ظ "يمنع".
(٦) انظر: الروضة ١١/١٩٧. ومغني المحتاج ٤/٤١٧.
(٧) انظر: فتح القدير ٦/٣٨٢.
(٨) انظر: الروضة ١١/١٩٥، ومغني المحتاج ٤/٤١٦.
(٩) "العسيف": هو بالعين، والسين المهملتين - أي الأجير - لأنه يعسف الطرقات متردداً في الأشغال وجمعه "عسفاء" كأجير، وأجراء، وفقيه، وفقهاء. المصباح المنير ٢/٤٠٩.
(١٠) "أُنَيْس" بالتصغير هو صاحبي مشهور اسمه: أنيس بن الضحاك الأسلمي. وقال ابن عبد البر: يقال له: أنيس بن مرشد. والأول هو الأكثر بالصحة كما ذكره النووي.
انظر: الإصابة ١/٧٦، والإستيعاب ١/٦٢، وتهذيب الأسماء واللغات ١/١٢٨ و ١٢٩.
(١١) الحديث متفق على صحته. أخرجه البخاري ٢/٦٥، في كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، ومسلم بشرح النووي ١١/٢٠٦، كتاب الحدود، باب حد الزنا.

قال في الشامل "إذا حضر دارها من بعثه القاضي، تكلمت من وراء الستر، إن اعترف الخصم بأنها خصمه، أو شهد اثنان من محارمها بأنها[1] التي ادَّعى عليها، وإلا تلففت بإزارها[2]، وخرجت من الستر، ومن المَخْدَرَةِ. ولاشك أن التي لاتخرج أصلاً إلا لضرورة تدعى مخدرة[3]، وأما التي لاتخرج إلا نادراً لعزاء، أو زيارة، أوحمام، فهل[4] هي مخدرة؟ فيه وجهان: أشبههما، ويحكى عن القاضي الحسين؛ نعم، ويكفي أن لا تصير مبتذلة، بكثرة الخروج للحاجات المتكررة كشراء الخبز والقطن، وبيع الغزل، ونحوها.

ومنهم من لم يجعل الخروج إلى الحمام بالليل مبطلاً للتخدير.

وقوله في الكتاب "المخدرة لا تحضر مجلس الحكم للتحليف" تخصيص التحليف بالذكر، كأنه لامتناع النيابة فيه.

فأما[5] ماعدا ذلك فيقع بالتوكيل فيه، من المخدرة، وغيرها.

وقوله: "وقيل المخدرة هي التي لا تخرج أصلاً إلا لضرورة" هذا يحصر التخدير فيه، على هذا الوجه. قوله "بعده، وقيل هي التي لاتخرج إلى[6] العزاء، والزيارات إلا نادراً" لايمكن حمله على الحصر، فإن التي يندر خروجها، إذا كانت مخدرة، فالتي لا تخرج أصلاً أولى أن تكون مخدرة" وإنما المقصود أن التي يندر خروجها للعزاء، والزيارات مخدرة أيضاً، ولو أكثرت الخروج لذلك بطل التخدير، كالمبتذلة بالخروج للحاجات المتكررة.

---

(١) في: أ، ب، ظ "أنها هي".
(٢) في: أ، ب، ظ "بإزار".
(٣) في: أ، ب "وهي". وفي: ظ "وهو".
(٤) في: أ، ب، ظ "وهل".
(٥) في: أ، ب، ظ "وأما".
(٦) "إلى" ليست في: ب، ظ.

[الفرع الرابع: في تزويج المرأة الخارجة عن محل ولاية القاضي]

(قال [الغزالي]: الرابع: ليس للقاضي أن يزوج امرأة خارجة عن محل ولايته إلا إذا دخلت ولايته، وله أن يتصرف في مالٍ حاضر ليتيم غائبٍ عن ولايته، لكن إذا أشرف على الهلاك، كما يفعل في مال كل غائب، وهل له نصب القيِّم في ذلك المال؟ فيه تردُّدٌ).

[قال الرافعي] القاضي يزوج من لا ولي لها، في محل ولايته، من البلديات، والغريبات، ولا يزوج امرأة خارجة عن محل ولايته، وإن رضيت، ولا يكفي حضور الخاطب، فإن الولاية عليها، لاتتعلق بذلك الخاطب، بخلاف مالو حكم لحاضر على غائب، لأن المدعي حاضر، والحكم متعلق[1] به، وبخلاف ما لو كان ليتيم غائب عن محل ولايته مال حاضرٌ، فإنه يتصرف فيه[2]، لأن الولاية عليه، ترتبط بماله، ثم تصرفه في مال اليتيم الغائب يكون بالحفظ، والتعهد، وإذا أشرف على الهلاك أتى بما يقتضيه الحال، بشرط الغبطة اللائقة، وهذا سبيله في مال كل غائب أشرف على الهلاك. فلو كان حيواناً وخيف عليه الهلاك يبيعه، وإن حصلت الصيانة بالإجارة، اقتصر عليها، وهل له أن يتصرف في مال اليتيم الغائب للاستنماء، وأن ينصب قيِّماً لذلك[3]؟ فيه وجهان عن القاضي الحسين، لأن نصب القيِّم يرتبط بالمال، والمالك جميعاً، فلو جاز النصب لحضور المال، جاز لقاضي بلد اليتيم النصب لحضور المالك، وحينئذٍ تتمانع تصرفاتهما[4].

قال في "الوسيط" والأولى: أن يلاحظ مكان اليتيم دون المال.

وقوله في الكتاب: "لكن إذا أشرف على الهلاك" أشار به إلى أنه إنما يتصرف في مال اليتيم الغائب، بالحفظ، والصيانة عن الهلاك.

---

(١) في: ز "يتعلق".

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٦٢، والوسيط ٧/٣٣٣، والتهذيب ٨/٢٠٥، والروضة ١١/١٩٨، ومغني المحتاج ٤/٤١٨.

(٣) في: ز "كذلك".

(٤) في: أ "تصرفاتها".

وهل يتصرف للتجارة، وطلب الفائدة، كما يتصرف في أموال اليتامى الحاضرين؟ فيه وجهان كما في نصب القيم لهذا الغرض. ويجوز نصبه للحفظ، والصيانة، بلا خلاف. ويجوز للقاضي إقراض مال الغائب ليقطع عنه غرر الغيبة، ويُحَصِّنُه[1] بذمة مليء.

ويحكى عن صاحب "التلخيص"[2]، وهو موافق لما مرَّ في باب الحجر[3]: أن له أن يقرض مال الصبي لكن ذكرنا هناك أن غير القاضي أياً كان أو غيره، لا يقرض مال الصبي إلا لضرورة نهب وغيره[4]. وعن صاحب "التلخيص" أنه يجوز[5] للأب ما جوزه للقاضي، فهذا وجه آخر. ومالا يتعين[6] له مالك، وحصل اليأس عن معرفته، ذكر بعضهم أن له أن يبيعه، ويصرف ثمنه إلى المصالح، وأن له أن يحفظه[7]. واعلم أن الفرع الثالث، والرابع، لا اختصاص لهما بالباب كما ذكرنا في الفرع الثاني. وهذا آخر شرح الباب.

وتدخل فيه مسائل أخر: نورد منها ما الحاجة إليه أهم. والله الموفق.

[8]كتاب أهل[9] البغي مقبول، ككتاب قاضي أهل العدل[10]. وعن القديم، قول[11]: أنه ـــــ[12] لايقبل كتاب أهل البغي. وأطلق بعضهم أنه لايجوز للقاضي أن يكتب كتاباً في غير محل ولايته، يستمر على أصل الشافعي، ماذكره ابن

---

(١) في: ز "ويخصه".

(٢) انظر: ص ٦٤٨.

(٣) الحجر: في اللغة مطلق المنع، وشرعاً: منع نفاذ تصرف قولي لا فعلي، لصغر ورق وجنون. انظر التعريفات للجرجاني ص ٨٢. وانظر: فتح العزيز ٢٩٣/١٠، والروضة ١٩١/٤.

(٤) في: أ، ب، ظ "ونحوه". انصر المصدرين نفسهما.

(٥) في: ب، ظ "جوز".

(٦) في: أ "مايتعين".

(٧) "النووي" "قلت: هذا المحكي عن بعضهم متعين، وقد قاله جماعة، ولا نعرف خلافه". والله أعلم. الروضة ١٩٩/١١.

(٨) في: أ "قال" وهو خطأ. لأن هذا من كلام الرافعي رحمه الله.

(٩) "أهل": ليست في: ز.

(١٠) هو المشهور. انظر: الروضة ١٩٩/١١.

(١١) "قول" ليست في: أ.

(١٢) ورد في جميع النسخ "أنه كتاب أهل البغي" وهذا فيه تكرار.

القاص. وهو أنه لايحكم ولا يشهد بغير محل ولايته، وأما الكتاب، فلا بأس به، وإذا حكم القاضي ببينة رجل[١] أقامها وكيل رجل في وجه وكيل آخر، ثم حضر[٢] المدعى عليه، وقال: كنت عزلت وكيلي، قبل أن أقيمت البينة. في وجهه، لم ينفعه، لأن القضاء على الغائب جائز. ولو حضر المدعي[٣]، وقال: كنت عزلت وكيلي، وقلنا: إن الوكيل، ينعزل قبل بلوغ الخبر، لم يصح الحكم، لأن القضاء[٤] للغائب غير جائز، وشهود الكتاب الحكمي، إذا أرادوا التخلف[٥] في الطريق، نظر: إن كانوا يتخلفون في موضع فيه قاض، وشهود، فحامل الكتاب، إما أن يشهد على كل واحدٍ منهم شاهدين يخرجان[٦] معه، ويشهدان عند القاضي الذي يقصده، إما أن يعرض الكتاب على قاضي البلد الذي يتخلفون فيه، ليشهدوا به عنده، فيمضيه ويكتب به إلى القاضي الذي يقصده، وإن أرادوا التخلف، حيث لا قاضي، ولا شهود. قال في "التهذيب" ليس لهم ذلك، بل عليهم الخروج إلى موضع فيه قاضٍ، وشهودٍ، فإن طلبوا أجرة الخروج إليه[٧]. فليس لهم إلا نفقتهم، وكذا دوابهم، بخلاف ما لو[٨] طلبوا، أكثر من ذلك، عند ابتداء الخروج من بلد القاضي الكاتب، حيث لايكلفون الخروج، والقناعة به لأن هناك يمكن إشهاد غيرهم، وهاهنا، حامل الكتاب مضطر إليهم، وإذا ألزم المكتوب إليه الخصم، وطلب[٩] أن يكتب له[١٠] كتاباً بقبض الحق، هل على القاضي إجابته؟ فيه وجهان. قال: الإصطخري: نعم كيلا يطالب به مرة أخرى، وبهذا أجاب أبوالفرج الزاز.

---

(١) في: أ، ب، ظ "بينة أقامها وكيل رجل".
(٢) "حضر" ليست في: ب، ظ.
(٣) "عزلت وكيلي ... حضر المدعي" ليست في: ب.
(٤) في: أ "القاضي".
(٥) في: ظ "التحليف".
(٦) في: أ، ب، ظ "يحضران".
(٧) "إليه" ليست في: أ.
(٨) "لو" ليست في: أ.
(٩) في: أ "فطالب".
(١٠) في: أ "إليه".

وقال أكثرهم: لا، فإن الحاكم إنما يطالب بإلزام ماحكم به، وثبتت عنده، ويكفي للاحتياط[1]، والاستيثاق، إشهاد المدعي على قبض الحق، ولو طالبه، بتسليم الكتاب، الذي ثبت الحق به، لم يلزمه دفعه إليه، وكذا من له كتابٌ بدين فستوفاه، أو بعقار فباعه، لايلزمه دفعه إلى المستوفي منه، وإلى المشتري، لأنه ملكه، ولأنه قد يظهر استحقاق فيحتاج إليه. وا لله أعلم.

---

(١) في: أ "الاحتياط".

[الباب الرابع في القسمة]

(قال الغزالي: الباب الرابع: في القسمة[١]: وهي إن كانت بالإجبار، فهل يشترط العدد في القاسم؟ فيه قولان. والمقوم يشترط فيه العدد، وليس للقاضي أن يقضي بالتقويم ببصيرة نفسه. وإن قلنا: إنه يقضي بعلمه، لأنه مجرد تخمين. ويحكم[٢] بالعدالة ببصيرة نفسه).

[فصل: في حكم القسمة والأدلة الدالة عليها]

[قال الرافعي] الحاجة الداعية إلى تجويز القسمة بينةٌ[٣]، وذلك لأنه قد يتبرم الشركاء أو بعضهم بالمشاركة، ويريدون[٤] الاستبداد بالتصرف.

وفي كتاب الله تعالى ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُولُوا ٱلْقُرْبَىٰ﴾[٥] الآية.

وكان رسول الله ﷺ "يُقَسِّمُ الغَنَائِمَ بَيْنَ الغَانِمين"[٦] ثم القسمة قد يتولاها الشركاء بأنفسهم، وقد يتولاها غيرهم، وهم إما منصوب الإمام، أو منصوبهم.

[فصل: في شروط القسَّام]

يشترط في منصوب الإمام الحريةُ، والعدالةُ، والتكليفُ، والذكورةُ، لأنه يلزم كالحاكم، من حيث أن الحاكمَ ينظر في الحجة ويجتهد، ثم يلزم بالحكم، والقَسَّام يجتهد

---

(١) القسمة: بكسر القاف. وهي الحصة، والنصيب. انظر: المصباح المنير ٥٠٣/٢.
وشرعاً: هي تميز بعض الأنصباء من بعض. "والقَسَّام" هو الذي يقسم الأشياء بين الناس. مغني المحتاج ٤١٨/٤. ونهاية المحتاج ٢٦٩/٨.

(٢) في: "الحكم".

(٣) انظر: الأم ٢١٣/٦، والمختصر ص ٣٠١، والحاوي ٣١٣/٢٠، والمهذب ٣٩١/٢، والروضة ٢٠١/١١، ونهاية المحتاج ٢٦٩/٨.

(٤) في: أ "أو".

(٥) سورة النساء من آية ٨.

(٦) الحديث: متفق على صحته. أخرجه البخاري ٣٥/٣، كتاب الجهاد والسير، باب من قسم الغنيمة في غزوة وسفره.
وأخرجه مسلم بشرح النووي ٨٣/١٢، كتاب الجهاد والسير، باب كيفية قسم الغنيمة بين الحاضرين.

مساحة، وتقديراً، ثم يلزم بالإقراع. ويشترط أن يكون عالماً بالمساحة والحساب. وحكى أبوالفرج الزاز وجهين في أنه هل يشترط أن يحسن[1] التقويم، لأن في أنواع القسمة، مايحتاج إليه، ولايشترط في منصوب الشركاء العدالة، والحرية، فإنه وكيل من جهتهم، كذلك أطلقوه، وينبغي أن يكون توكل العبد في القسمة، على الخلاف في توكله في البيع[2] والشراء. ولو حكَّم الشركاء رجلاً ليقسم بينهم.

قال أصحابنا العراقيون:هو على القولين في التحكيم[3]. إن جوزنا فالذي حكموه كمنصوب القاضي، ومهما كان في سهم المصالح من بيت المال، مالُ[4] يتفرَّغ لمؤنة القاسمين، فعلى الإمام أن ينصب في كل بلد قاسماً، فإن لم تحصل الكفاية بواحد، زاد بحسب الحاجة، وإن لم يكن فيه مال، أو لم يتفرع لهذه الجهة، فقد ذكر في "أداب القاضي"[5] أنه لايُعيِّن حينئذٍ قساماً، لئلا يغالي في الأجرة، وأيضاً فلئلا يغره بعض الشركاء فيحيف، بل يدع الناس ليستأجروا من شآؤوا، إذا لم يكن في القسمة تقويم، فيكفي، قاسم واحد، أم لا بد من اثنين؟ فيه قولان[6]. وجها بأن منصب القاسم منصب الحاكم أم[7] منصب الشاهد؟ والأصح الأول. ولم يجب المعظم إلا به، وقطع به قاطعون. وإن كان فيها تقويم، فلابُّد من العدد، إذ يشترط العدد في المقوم، ويجوز أن ينصب الإمام قاسماً، ويجعله حاكماً في التقويم، فيعتمد في التقويم قول عدلين، ويقسم بنفسه. وهل للقاضي أن يحكم ببصيرة نفسه في التقويم؟

---

(١) ورد على هامش العزيز ٥٤٢/١٢ قوله: "سكت المصنف عن الترجيح، قال: في القوت: يقتضي سكوت "المحرر"، و"المنهاج" وغيرهما ذكره بينهم أنه ليس بشرط، وهو الأقرب إلى كلام الجمهور".

(٢) انظر: الوجيز ١٨٩/١، باب الوكالة الركن الثالث، الوكيل قال: "على الوجهين الصحيح فيهما: أنه يصح توكله في القسمة كما يصح توكله في البيع".
وانظر: فتح العزيز ١٧/١١، والروضة ٢٩٨/٤.

(٣) "على القولين" أظهرهما: نعم. انظر: الروضة ١٢١/١١، ومغني المحتاج ٣٧٨/٤.

(٤) في: أ "ما".

(٥) في: ز "أدب". وانظر: الروضة ١٣٨/١١، ومغني المحتاج ٣٩٠/٤.

(٦) والمذهب: يكفي قاسم واحد. انظر: الروضة ٢٠١/١١، ومغني المحتاج ٣١٩/٤.

(٧) في: أ "أو".

حكى في "الوسيط" فيه طريقين، أحدهما: أنه على القولين: في أن القاضي، هل يقضي بعلمه؟[١] والثاني القطع، بالمنع، لأن التقويم، تخمين مجرد، وللأولين/ أن يقولوا: (٤٨٩/ز) إنه وإن كان تخميناً، فلا يبعد أن يقام ظَنُّهُ مقام الشهادة المبنية على العلم[٢]، كما أقيم علمه مقام الشهادة المبنية على الظن[٣]، وأيضاً فقد[٤] مرَّ أن القاضي يعتمد في عدالة الشهود على بصيرة[٥] نفسه ومعلوم، أن المستند فيه الظن.

والطريق الثاني: هو المذكور في الكتاب[٦] والأول أشبه، وهو اختيار الإمام فيما أظن.

وقوله في الكتاب "وهي إن كانت بالإجبار، فهل يشترط العدد في القاسم؟

فيه قولان: "يجوز أن يعلم لفظ القولين، بالواو، لقطع من قطع بالاكتفاء بواحد، وتخصيص القولين بقسمة الإجبار، لم يتعرض له في "الوسيط"[٧] بل أطلقهما إطلاقاً. وكذلك نقل[٨] القاضي الروياني، ويمكن[٩] أن يقال أشار بهذا التقييد إلى أن الشركاء، لو فوضوا القسمة إلى واحد، بالتراضي، جاز لا محالة، لأنه وكيل من قبلهم.

وقوله "ليس للقاضي أن يقضي بالتقويم ببصيرة نفسه" معلم بالواو، للطريق الآخر، وقوله "ويحكم في العدالة ببصيرة نفسه" هذا قد سبق ذكره في موضعه[١٠]، وكأنه أعاده لينبه على بُعده عن الحكم بالتقويم[١١] ببصيرة نفسه على الطريقة التي ذكرها[١٢]،

---

(١) انظر: الوسيط ٣٣٤/٧، الروضة ١٥٦/١١، ومغني المحتاج ٣٩٨/٤.
(٢) في: أ "الظن".
(٣) في: أ "العلم".
(٤) في: أ "قد".
(٥) انظر: الروضة ١٥٦/١١.
(٦) انظر: الوجيز ٢٤٧/٢.
(٧) انظر: ٣٣٤/٧.
(٨) في: أ، ب "قول".
(٩) في: أ "فيمكن".
(١٠) انظر: الروضة ١٥٦/١١.
(١١) "بالتقويم" ليست في: ز.
(١٢) في: أ، ب، ظ "ذكرناها".

فإنه قال: "لايقضي بالتقويم ببصيرة نفسه" وإن قلنا: إنه يقضي بعلمه، وفي العدالة يقضي ببصيرة نفسه، وإن قلنا: لا[١] يقضي بعلمه.

[فصل: في أجرة القسَّام]

(قال [الغزالي]: وأجرة القسام توزع[٢] على قدر الحصص، أو على عدد الرؤوس، فيه قولان. كالشفعة. وقيل: إنه على قدر الحصص قطعاً، وإذا كان القسام يقسم برضى الشركاء، فليس لواحد أن ينفرد باستئجاره فيجب على كل واحد ماسمى في الإجارة، ويجب في حصة الطفل إذا طولب بالقسمة، وإن لم يكن فيه غبطة، لكن القيم لايطلب القسمة إلا عند الغبطة).

[قال الرافعي] ذكرنا أنَّ القاسم المنصوب من جهة الإمام يُدَرُّ رزقه عليه من بيت المال[٣]، و"في شرح مختصر الجويني"[٤] وجه عن ابي إسحاق: أنه لا يدره من بيت المال، لأنه لا يحتاج إلى تفريغ النفس لهذا العمل، بخلاف القاضي، والمذهب المشهور هو الأول. وإذا لم تكف مؤنته من بيت المال، فأجرته إلى الشركاء، سواء طلب جميعهم القسمة، أو بعضهم دون بعض. وعن أبي حنيفة. أن الأجرة على الطالب خاصة[٥].

وحكى القاضي ابن كج وجهاً مثله عن ابن القطان وغيره، والظاهر الأول[٦].

[فصل: في توزيع أجر القسام]

ثم ينظر: إن استأجر الشركاء قاسماً، وسموا له أجرة، وأطلقوا، فتلك الأجرة توزع على قدر الحصص، أو تكون على عدد الرؤوس فيه طريقان:

---

(١) في: أ، ب، ظ "إنه".

(٢) "توزع" ليست في: ز.

(٣) قال الماوردي في الحاوي ٣١٤/٢٠ "وينبغي أن تكون أجور هؤلاء القسام من بيت المال، لأن علياً رزقهم منه.
ولأنهم مندبون للمصالح العامة، فاقتضى أن تكون أجورهم من أموال المصالح".

(٤) هو كتاب في فروع الفقه الشافعي لأبي الفتح علي بن محمد البستي المتوفي سنة ٤٠١هـ. انظر: كشف الظنون ١٦٢٦/٢.

(٥) انظر: اللباب شرح الكتاب ٩٣/٤.

(٦) انظر: الروضة ٢٠٢/١١، ونهاية المحتاج ٢٠٧/٨، ومغني المحتاج ٤١٩/٤.

أحدهما: أنه على قولين، كما في الشفعة.

أصحهما[١]: وبه قال أحمد[٢]: أنها تتوزع على قدر الحصص، لأنها من مؤنات الملك، فأشبهت النفقة.

والثاني: على عدد الرؤوس، وبه قال: أبوحنيفة[٣]. ويحكى عن مالك[٤] أيضاً، لأنَّ علمه في الحساب، والمساحة يقع لهم جميعاً، وقد يكون الحساب في الجزء القليل أغمض، وأيضاً فإن قلة النصيب توجب كثرة العمل، لأن القسمة تقع بحسب[٥] أقل الأجزاء، فإن لم يجب على من قلَّ نصيبه زيادة، فلا أقل من التساوي.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول، بخلاف الشفعة، لأن أصل الشركة سبب للأخذ[٦] بالشفعة، وقد اشتركا في أصل الشفعة، وهاهنا الأجرة في مقابلة العمل، والعمل فيمن زاد نصيبه أكثر بالكيل في الميكلات، والوزن في الموزونات، وعلى هذا الخلاف ما إذا استأجروا القاسم استئجاراً فاسداً، فقسم أن أجرة المثل كيف توزع؟ وكذلك إذا أمروا قساماً فقسم، ولو استأجروا[٧]، ولم يذكروا أجرة، إذا حكمنا بوجوب أجرة المثل في مثل ذلك، ويطرد هذا الخلاف في قسمة الإجبار إذا أمر القاضي قساماً فقسم. ولو استأجروا قساماً[٨] وسمىّ كل واحد منهم أجرة التزمها، فله على كل واحد منهم ما التزم، وانقطع النظر عن الحصص، والرؤوس جميعاً.

وهذا واضحٌ إن فرض اجتماعهم على الاستئجار بأن[٩] قالوا: استأجرناك لتقسم بيننا كذا، بدينار، على فلان، أو دينارين على فلان، أو وكلوا وكيلاً فعقد لهم كذلك،

---

(١) انظر: المصادر نفسها.
(٢) انظر: الإنصاف ٣٥٥/١١.
(٣) انظر: الكتاب ٩٣/٤.
(٤) انظر: الشرح الكبير ٩٣/٤.
(٥) في: ز "بأقل بحسب".
(٦) في: أ "الأخذ".
(٧) "ولو استأجروا" ليست في: أ، ب، ظ.
(٨) "قساماً" ليست في: ز.
(٩) في: أ "فإن".

وإن فرضت عقودٌ مرتبة، فقد ذكروا فيه إشكالاً، وهو أن[١] الشركاء إذا كانوا ثلاثة مثلاً[٢]، فعقد واحدٌ لإفراز نصيبه، ثم الثاني كذلك، فعلى القسام إفراز النصيبين[٣].

فإذا[٤] أفرزهما تميز نصيب الثالث، فعقد الثالث إذاً[٥] استئجار على عمل مستحق على الأجير.

وأجاب القاضي الحسين: بأن إفراز النصيبين من غير عمل في النصيب الثالث بالمساحة، والتخطي فيه مما لا يتأتى، فيقع استئجار الثالث على ذلك ولم يرتض الإمام هذه المفاوضة سؤالاً، وجواباً، لأنهما جميعاً مبنيان على تجويز[٦] استقلال بعض الشركاء باستئجار القسام، لإفراز نصيبه، ولا سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لايمكن إلا بالتصرف في نصيب الآخرين، ترددا وتقديراً، ولا سبيل إليه إلا برضاهم، نعم يجوز أن ينفرد واحدٌ منهم برضى الباقين، فيكون أصلاً ووكيلاً، ولا حاجة إلى عقد الباقين[٧] وحينئذٍ إن فضل ما على كل واحد[٨] منهم بالتراضي، فذاك، وإن أطلق عاد الخلاف في كيفية التوزيع[٩]، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله "وإذا كان القسام، يقسم برضى الشركاء فليس لواحد أن ينفرد باستئجاره" يعني إن كانت القسمة بالإجبار، أمكن أن يتصرف القسام في نصيب، الممتنع بأمر القاضي، فأما إذا لم يكن إجبار. فلابد من اتفاق الجميع، وإذا[١٠] اتفقوا، فعلى كل واحدٍ ما سمى عليه، فإن أطلقوا فعلى الخلاف[١١] هذه مسألة.

---

(١) في: ب "وجوابه".
(٢) "مثلاً" ليست في: ب.
(٣) في: أ "من غير عمل في النصيب الثالث" وهو خطأ.
(٤) في: ز "وإذا".
(٥) "إذاً" ليست في ب، ظ.
(٦) في: أ "أنه يجوز".
(٧) من "فيكون" أصلاً . . . إلى عقد الباقين" ليست في: ز.
(٨) "واحدٍ" ليست في: أ، ز.
(٩) في: أ " التوزع".
(١٠) في: أ، ب، ظ "فإذا".
(١١) أي الخلاف في كيفية توزيع أجرة المثل. انظر ص ٣١٤.

والمسألة الثانية: من الفصل، إذا كان أحد الشريكين طفلاً نُظِرَ: إن كان في القسمة غبطة له، فعلى الولي طلب القسمة، وبذل الحصة من الأجرة من مال الطفل، وإن لم يكن فيها غبطة، فلا يطلبها، وإن طلبها الشريك/ الآخر أجيب. (٤٩٠/ز)

إن قلنا: الأجرة على الطالب خاصة، فذاك، وإن قلنا: على الكل فهاهنا وجهان.

أحدهما. وبه أجاب في "العدة" أنّها على الطالب أيضاً، لأن أخذ الأجرة من مال الطفل، ولا غبطة إجحاف لايحتمله الصبي.

وأصحهما: أن حصة الصبي، تؤخذ من ماله، لأن الإجابة إلى القسمة واجبة والأجرة من المؤنات التابعة لها[١]، والله أعلم.

[فصل في كيفية القسمة]

(قال [الغزالي: واعلم أن[٢] الإجبار، إنما يجري في قسمة الإفراز وهي أن يكون الشيء قابلاً للقسمة إلى أجزاء متساوية الصفة[٣] ويبقى الانتفاع، كذوات الأمثال، وكالكرباس، والأرض، وكيفية قسمة الأرض أن تقسم بالأجزاء[٤] بحسب أقل الأجزاء، فإن كانت[٥] الأرض بين ثلاثة، لواحد نصف، ولآخر ثلث، ولآخر سدس[٦] قسم بستة أجزاء متساوية في المساحة، ويكتب أسامي الملاك على ثلاث رقاع، ويدرجها[٧] في بنادق[٨] متساوية، ويخرجها من لا يعرف ذلك، فيقف[٩] القسام على طرف الأرض، فإذا خرج مثلاً اسم صاحب النصف سلم إليه الجزء

---

(١) "لها" ليست في: أ. وانظر: الروضة ٢٠٣/١١، ومغني المحتاج ٤١٩/٤.

(٢) في: أ "بأن".

(٣) في: أ "الصفات".

(٤) في: ز "أجزاء".

(٥) في: أ "كان".

(٦) في: أ، ب، ظ "نصفها، وللآخر ثلثها، وللآخر سدسها".

(٧) في: ز "تدرج".

(٨) "بنادق" جمع بُنْدُقَة" قال في القاموس المحيط ٢١٥/٣ "البُنْدُقُ" بالضم الذي يرمى به. وقال في القاموس الفقهي ص ٤٢ "البُنْدُقة" واحدة البندق وهو نبات معروف كُرَةٌ في حجم البندقة يرمى بها في القتال، والصيد.

(٩) في: أ، ب، ظ "ويقف".

الأول، ومايليه إلى تمام النصف، ثم يخرج اسم الآخر، كذلك. وأما الطاحونة، والحمام، ومالا تبقى منفعته بعد القسمة، ولا يجبر فيها على القسمة[1]. ولو ملك من دار عُشْراً، لا يصلح للمسكن لو أُفْرِدَ[2] وطلب القسمة، فلا يجاب على الأصح. ولو طلب صاحبه لزمته[3] الإجابة على الأظهر. وإن كان الحمام كبيراً تبقى المنفعة بعد القسمة إذا[4] أحدث مستوقدٌ، وبئرٌ[5]، ففي الإجبار، وجهان).

[قال الرافعي]

مسائل الباب مختلفة غير مهذبة الترتيب، فإن احتجنا لذلك، إلى تقديم، وتأخير، فلا تنكره[6]. واعلم أن العين المشتركة، إما أن يعظم الضرر في قسمتها، أو لا يعظم.

الحالة الأولى: إذا عظم الضرر في القسمة، وطلب أحدهما القسمة وامتنع الآخر، فلا يجبر الممتنع، وفي ضبط الضرر المانع من القسمة ثلاثة أوجه أسلفناها في باب الشفعة[7]، فلا يكسر الجوهر النفيس، ولا يقطع الثوب الرفيع، ولا يقسم زوجا الخف، ومصراعا الباب، وإن طلبه: أحدهما، وإن تراضى الشركاء بالقسمة في مثل ذلك والتمسوها من القاضي، فإن كانت المنفعة تبطل بالكلية، لم يجبهم ويمنعهم من أن يقتسموا بأنفسهم[8] أيضاً، لأنه سفه، وإن[9] كان لاتبطل المنفعة بالكلية، كالسيف،

---

(١) "القسمة" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: أ "أفرز" وفي ب، ظ "إذا

(٣) في: أ "لزمه".

(٤) في: أ، ب، ظ "إن".

(٥) في: أ "مستوقدة، وبئراً" و"المستوقد" محرك النار واتقادها كالوقدِ، والوقود. ذكره في القاموس المحيط ٣٤٦/١.

(٦) في: ز "فلا تكره".

(٧) "الشفعة" مثال غرفة، لأن صاحبها يشفع مالهُ بها، وهي اسم للملك المشفوع. مثل اللقمة اسم للشئ الملقوم. ذكره في المصباح ٣١٧/١.
وقال في حاشية القليوبي ٤٢/٣ "وهي بإسكان الفاء ... من الشفع ضد الوتر لضم أحد النصيبين إلى الآخر.
وشرعاً: أن يكون عقار بين اثنين مثلاً يبيع أحدهما نصيبه منه لغير شريكه فيثبت لشريكه حق تملك المبيع قهراً بمثل الثمن أو القيمة. ذكره الجلال المحلى في شرحه ٤٢/٣.
وانظر المسألة: فتح العزيز ٣٨٣/١١، والروضة ٧١/٥.

(٨) في: ظ "بنفسهم".

(٩) في: أ "فإن".

يكسر، فلا يجبهم أيضاً في أصح الوجهين، لكن[١] لايمنعهم[٢] من أن يقتسموا بأنفسهم ما تبطل القسمة منفعته المقصودة منه، كالطاحونة، والحمام الصغيرين، إذا امتنع أحد الشريكين من قسمته، لايجبر عليها في أظهر الوجوه المشار إليها[٣]، وهو المذكور في الكتاب. وقال مالك: يجبر[٤] فإن كانا كبيرين، فأمكن[٥] أن يجعل الطاحونة، طاحونتين، والحمام حمامين فيجبر الممتنع، فإن كان يحتاج إلى إحداث مستوقدٍ، أو بئرٍ، فوجهان.
أحدهما: إنه لايجبر الممتنع لتعطل المنفعة إلى إحداث مايحتاج إليه[٦].

وأشبههما: الإجبار[٧]، لتيسير التدارك بأمر قريب، وإن تضرر أحد الشريكين بالقسمة دون الآخر، كداربين اثنين لأحدهما عشرها، وللآخر باقيها. ولو قسمت لم يصلح العشر للسكن[٨]، فإن طلب صاحب العشر القسمة، فوجهان.

أحدهما: وبه قال أبوحنيفة[٩]: أنه يجبر الآخر ليتميز ملكه.

وأصحهما: المنع، لأنه مضيع لماله، متعنتٌ، وإن طلب الآخر القسمة، فوجهان نسبهما العبادي إلى ابن سريج:

أحدهما: أنه لايجبر صاحب العشر للضرر[١٠] الذي[١١] يلحقه.

وأصحهما: الإجبار، لأن الطالب ينتفع بالقسمة، وضرر صاحب[١٢] العشر، لاينشأ من مجرد القسمة، بل سببه قلة نصيبه.

---

(١) في: ب، ظ "ولكن".
(٢) في: ظ "يمنعهم".
(٣) في: أ "إليه".
(٤) انظر الشرح الكبير ٥٠١/٣.
(٥) في: أ، ب، ظ "وأمكن".
(٦) من قوله: "فإن كان مايحتاج إليه ... إلى احداث" ليست في: ز.
(٧) انظر: فتح العزيز ٣٨٥/١١، والروضة ٢٠٣/١١.
(٨) في: أ، ب، ظ "للمسكن".
(٩) انظر: الهداية ٤٤/٤.
(١٠) في: ظ "للضرورة".
(١١) "الذي" ليست في: ظ.
(١٢) في: ز "وضرر الغير" و "صاحب" ليست في: ب، ظ.

ولو كان نصف الدار لواحد، والنصف الآخر[١] بين خمسة. فطلب صاحب النصف إفراز نصيبه، أجيب إليه، والباقون: إن اختاروا القسمة، قسم، وإن لم يصلح العشر للمسكن، لأن في القسمة فائدةً لبعض الشركاء، وإن استمروا على الشيوع، جاز، ثم لو طلب أحدهم القسمة بعد ذلك، لم يجبر الآخرون لأن هذه القسمة تضر الجميع.

ولو طلب الخمسة إفراز النصف ليكون بينهم شائعاً، أجيبوا إليه، ذكره القاضي الروياني وغيره وكذا لو كان بين عشرة، وطلب خمسة منهم القسمة ليكون النصف بينهم[٢] يجابون.

الحالة الثانية: إذا لم يعظم ضرر القسمة، فإما أن يقسم المشترك من غير ردٍّ من أحد الشريكين، أو الشركاء، أو يقسم بردٍ[٣]، فإن قسم من غير رد، فإما أن يقسم باعتبار الأجزاء. وتسمى "قسمة المتشابهات" أو باعتبار القيمة، وتسمى قسمة التعديل، فهذه ثلاثة أنواع.

قسمة المتشابهات

النوع[٤] الأول: قسمة المتشابهات، وإنما تجري في الحبوب والأدهان، والدراهم، وسائر المثليات، وفي الدار المتفقة الأبنية، والأرض المتشابة الأجزاء، وما في معناها، فتعدل الأنصباء في المكيلات والموزونات، بالكيل، والوزن، والأرض المتشابهات[٥] الأجزاء، تجزأ أجزاءً متساوية[٦] بعدد[٧] الأنصباء، إن كانت الأنصباء[٨] متساوية كما إذا كانت بين ثلاثة أثلاثاً، فتجعل ثلاثة أجزاء متساوية ثم تؤخذ ثلاث رقاع، متساوية، ويكتب على كل واحدة، اسم شريك من الشركاء، أو جزء من الأجزاء، ويميز بعضها عن بعض[٩]، بحدٍ، أو جهة، أو غيرهما، وتدرج في بنادق متساوية وزناً، وشكلاً، إما من

---

(١) "الآخر" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: أ "منهم" وهو خطأ.

(٣) في: ز "مع رد"

(٤) "النوع" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: أ، ب، ظ "المتشابه".

(٦) في: أ "متشابه".

(٧) في: أ "بعد".

(٨) "الأنصباء" ليست في: ب، ظ.

(٩) في: ز "عن بعضها".

طين ويُجِفَّـف[١]، أو مـن مشـمع، وتجعـل في حِجْـرِ، مـن لم يحضـر الكتابـة، والإدراج. وإن[٢] كان صبياً، أو أعجمياً، كان أولى، ثم يؤمر بـإخراج رقعـة علـى الجـزء الأول إن كتب في الرقاع، أسماء الشركاء فمن خرج اسمه أخذ، ثم يؤمر بإخراج أخرى[٣]، على الجزء، الذي يلي الأول، فمن خرج اسمه من الآخرين أخذه، وتعـين الثـالث، للثـالث[٤]، وإن كتب في الرقاع أسماء الأجزاء، أخرجت رقعة باسم زيد، ثـم أخرى باسـم عمـرو، ويتعين الثالث للثالث، وتعيين من يبتدأ به من الشركاء، والإجـزاء منـوطٌ ينظـر القسَّامِ، فيقف أولاً على أي طرف شاء، ويسمى أي شريك شاء، وإن كـانت الأنصبـاء مختلفـةً، كما إذا كان لزيد نصف، ولعمرو ثلث، ولثـالث سـدس فيُجَـزِّي القسـام الأرض، علـى أقل السهام، وهو السدس[٥]، لأنه يتأدى به القليل، والكثير، فيجعلها ستة أجزاء ثم نـص الشافعي: أنه يثبت أسماء الشركاء في الرقـاع، ويخرج الرقـاع علـى الأجزاء، وقـال: في العتق، يكتب على رقعتين، على رقعة[٦] رق، وعلـى رقعـة حريـة[٧] ويخـرج علـى أسمـاء العبيد و لم يقل: تكتب[٨] أسماء العبيد، وفيها[٩] طريقان للأصحاب:

أحدهما: أنها على قولين، بالنقل، والتخريج، ففي قول: يثبـت أسمـاء الشـركاء، والعبيد، وفي الثاني: يثبت[١٠] الأجزاء هاهنا[١١]، والرق والحرية، هناك. وعامتهم فرقـوا، وقالوا في العتق يسلك ماشاء من الطريقين، وهاهنا، لايثبت الأجزاء على الرقاع، لأنه لو أثبتها، وأخرج الرقاع على الأسمـاء، فربما[١٢] يخـرج لصـاحب السـدس الجـزء الثـاني أو

---

(١) "و" ليست في: ب، ظ.
(٢) في: أ "فإن".
(٣) في: ب، ظ "رفعه".
(٤) "الثالث" ليست في: أ.
(٥) في: أ، ب، ظ "السدس".
(٦) "وعلى رقعة" ليست في: ز.
(٧) انظر: الأم ٦/٢١٣,
(٨) في: ب، ظ "ويكتب".
(٩) في: ز "فيهما".
(١٠) "يثبت" ليست في: ز.
(١١) في: ز "هنا".
(١٢) في: أ "ربما".

الخامس، فيفرق ملك من له النصف، أو الثلث أيضاً[١] قال في "المهذب"[٢] لو فعلنا ذلك ربما خرج السهم الرابع، لصاحب النصف، فيقول: آخذه، وسهمين قبله، ويقول[٣] الآخران[٤] بل خذه وسهمين بعده، فيفضي إلى التنازع، وهذا الخلاف في الجواز، أو الأولوية؟ عبارة كثير من شيوخنا تُشْعِرُ بوضع[٥] الخلاف في الجواز. وذكر طائفة منهم الإمام وصاحب الكتاب: أنّه في الأولوية، وهو الأولى وسنوضح مايحصل به الاحتراز عن تفريق الملك، وأما ماذكره في "المهذب" فيجوز أن يقال: لا نبالي برأي الشركاء، بل نتبع نظر القسام، كما في الجزأ المبتدأ[٦] به، واسم الشريك المبتدأ به، فإن أثبت أسماء الشركاء، فمن قائل يثبت أسماءهم، على ثلاث رقاع، ويأمر بإخراج رقعة على الجزء الأول، فإن خرج اسم صاحب السدس أخذه، وأخرجت رقعة[٧] على الجزء الثاني، فإن خرج اسم عمرو، أخذه، وأخذ الجزء الثالث معه، وتعينت الثلاثة[٨] الباقية لزيد، وإن خرج اسم زيد أخذ الثاني، والثالث، والرابع ، وتعين الآخران لعمرو[٩]، وإن خرج أولاً اسم عمرو أخذ الأول، والثاني، ثم يخرج رقعة على الجزء الثالث، فإن خرج اسم الثالث أخذه، وتعينت الثلاثة الباقية لزيد، وإن[١٠] خرج اسم زيد، أخذه مع الرابع، والخامس، وتعين السادس للثالث، وإن خرج أولاً اسم زيد أخذ الأول والثاني والثالث، ثم يخرج رقعة على الرابع، فإن خرج اسم الثالث أخذه، وتعين الآخران لعمرو، وإن خرج اسم عمرو أخذ الرابع، والخامس، وتعين السادس للثالث، ومن قائل: يثبت أسماءهم في ست رقاع، اسم زيد، في ثلاث، واسم عمرو في اثنتين[١١]، واسم الثالث، في واحدة، ويخرج

---

(١) في: أ "وأيضاً".

(٢) في: أ، ب "التهذيب" وانظر: المهذب ٢/٣٩٥.

(٣) في: أ "فيقول".

(٤) في: ز "الآخر".

(٥) في: ز "موضع".

(٦) في: أ "والمبتدأ".

(٧) "رقعة" ليست في: أ.

(٨) في: أ، ب "الثالثة".

(٩) "لعمرو" ليست في: ظ.

(١٠) في: أ، ظ "فإن".

(١١) في: أ، ب "اثنين"

على ماذكرنا، وليس في هذا إلا أن اسم زيد يكون أسرع خروجاً، لكن سرعة الخروج، لاتوجب حيفاً، فإن السهام متساوية، فالوجه، تجويز كل واحد من الطريقين، وإن أثبت الاجزاء في الرقاع، فلابد من إثباتها في ست رقاع، وحينئذٍ فالتفريق المحذور، إنما[1] يلزم إذا أخرج أولاً، اسم صاحب السدس، وهو في غِنْيَة عنه بأن يبدأ باسم صاحب النصف، فإن خرج الأول باسمه، فله الأول والثاني والثالث، وإن خرج الثاني، فكذلك يعطى مع الثاني ماقبله ومابعده، وإن خرج الثالث. ففي "شرح مختصر الجويني" أنه يتوقف فيه، ويخرج لصاحب الثلث، فإن خرج الأول، فله الأول والثاني، ولصاحب، النصف الثالث، واللذان بعده، وكذا لو خرج الثاني، وإن خرج الخامس فله الخامس والسادس، ثم أُهمل الكلام هكذا و لم يستوعب باقي الاحتمالات، وكان يجوز أن يقال: إذا خرج لصاحب النصف الثالث، فله الثالث، واللذان قبله، وإن خرج الرابع فله الرابع، واللذان قبله، ويتعين الأول لصاحب السدس، وإن خرج الخامس فله، الخامس، واللذان قبله، ويتعين السادس لصاحب السدس، وإن خرج السادس، فله السادس، واللذان قبله، وإذا أخذ زيد حقه، و لم يتعين حق الآخرين، فيخرج رقعة أخرى باسم أحد الآخرين، فلا يقع تفريق على أنه يمكن أن يقال: يبدأ باسم صاحب السدس، فإن خرج باسمه الجزء الأول، والثاني، دفع إليه[2]، وإن خرج الخامس والسادس، دفع إليه السادس، ثم يخرج باسم أحد الآخرين، فلا يقع تفريق، وإن خرج له الثالث، دفع إليه، وتعين الأول، والثاني لصاحب الثلث، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف، وإن خرج له[3] الربع، دفع إليه، وتعين الخامس والسادس لصاحب الثلاث، والثلاثة الأولى لصاحب النصف، ويمكن أن يبدأ باسم صاحب الثلث، فإن خرج له الأول، والثاني دفع إليه، الأول والثاني، وإن خرج الخامس أو السادس، دفع إليه الخامس والسادس، ثم يخرج باسم أحد الآخرين، وإن خرج الثالث فله الثالث، والثاني. وتعين الأول لصاحب السدس، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف، وإن خرج الرابع، فله الرابع، والخامس، وتعين السادس لصاحب

---

(١) في: أ، ب، ظ "لو لزم".

(٢) في: أ "دفع إليه الأول". وفي: ب، ظ "دفع إليه الأول والثاني".

(٣) "له" ليست في: ز.

السدس، والثلاثة الأولى لصاحب النصف[١]. ولك أن تقتصر على ثلاث رقاع، وتكتب في إحداها: الأول، والثاني، والثالث، والرابع، وفي الثانية: الثاني، والثالث، والرابع، والخامس. وفي الثالثة: الثالث، والرابع، والخامس، والسادس، وتخرجها على أسمائهم، فإن خرجت الأولى أولاً لزيد، صاحب النصف، ثم[٢] الثانية، أو الثالثة، لعمرو صاحب الثلث، فلزيد الأول، والثاني، والثالث / ولعمرو الرابع والخامس وللآخر السادس. وكذا ٤٩٢/ز
الحكم لو خرجت الثالثة أولاً لعمرو، فإنه لايمكن أن يعطى الثالث، والرابع، لأنه يتفرق ملك زيد فيعطى الرابع والخامس، وحينئذٍ فتعين[٣] السادس، للثالث، والثلاثة الأولى لزيد وإن خرجت الأولى لزيد، ثم الثانية، أو الثالثة للثالث، فلزيد الأول والثاني، وللثالث الرابع، ولعمرو الخامس، والسادس. وإن خرجت الثانية لزيد أولاً فله الثاني والثالث، والرابع، ويتعين الأول للثالث[٤]، والخامس والسادس لعمرو، وكذا لوخرجت الأولى للثالث، ثم الثالثة لعمرو، لأنه لايمكن أن يعطى الثالث، والرابع، وكذا لو خرجت الأولى للثالث، والثانية لزيد[٥]، وإن خرجت الأولى لعمرو، والثانية أو الثالثة لزيد، فلعمرو الأول والثاني، ولزيد الثالث، والرابع والخامس، ويتعين السادس للثالث، فإن[٦] خرجت الأولى لعمرو، والثانية للثالث. فلعمرو الأول، والثاني، وللثالث الثالث[٧]، ولزيد الثلاثة الأخيرة، وإن خرجت الأولى للثالث، ثم الثانية لعمرو، ثم الثالثة لزيد فللثالث الأول، ولعمرو الثاني والثالث، ولزيد الثلاثة الأخيرة.

وضابط هذه الطريقة أن يعطى من خرجت رقعة باسمه قدر حقه فيما[٨] فيها الأول، فإن تعذر فهما بعد الأول الأقرب فالأقرب، والغرض قد يحصل بإخراج رقعة

---

(١) "وإن خرج الرابع . . . لصاحب النصف" ليست في: أ.

(٢) في: أ "و" وهي ليست في ب، ظ.

(٣) في: ز "فيتعين".

(٤) في: ز "للسادس".

(٥) "ثم الثالثة . . . . للثالث" ليست في: ظ.

(٦) في: أ، ب "فإن".

(٧) في: أ "والثالث للثالث".

(٨) في: أ " مما".

واحدة، وقد يحتاج إلى إخراج[١] رقعتين، وهو الأغلب كما يفصل، وكما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادق، تجوز بالأقلام، والعصي، ونحوها، وإذا تبينت صورة القسمة، فمتى امتنع أحد الشركاء من نوع القسمة الذي نحن فيه، وهو قسمة المتشابهات، فيجبر عليها سواء كانت الأنصباء متساوية أو متفاوتة، ونقل القاضي ابن كج، عن أبي الحسين عن ابن أبي هريرة: أنه لا إجبار عند تفاوت الأنصباء، لأنه لايمكن أن يرفع إلى السدس الجزء الثاني[٢] ولا الجزء الخامس، ولا إلى صاحب الثلث، الثالث والرابع، وإنما يحسن الإجبار إذا استوى الشركاء في احتمال أخذ كل واحد من الآخر. والمذهب الأول[٣].

وقوله: في الكتاب: "إن الإجبار إنما يجري في قسمة الإفراز" أراد بقسمة الإفراز هاهنا، قسمة المتشابهات، وفي كونها إفرازاً أو تبعاً خلاف سيأتي من بعد. لكن صاحب الكتاب رأى الأصح، على مانصَّ عليه في كتاب الرهن[٤].[٥]

فسماها قسمة الإفراز، لذلك.

وقوله: "ويبقى الانتفاع" أشار به إلى أن الإجبار[٦] مشروط ببقاء المنفعة بعد القسمة ، ليخرج الطاحونة، والحمام الصغيرين على مافصله آخراً.

وقوله: "وكالكرباس[٧]، والأرض" يعني الأرض المتشابهة الأجزء" وقوله "بحسب أقلِّ الأجزاء" يعني أقل الأنصباء إذا كانت متفاوتة، وقوله "وتكتب أسامي المـلاَّك" يمكن إعلامه بالواو، لما مرَّ أن في طريقة يثبت الأجزاء في الرقاع.

---

(١) "إخراج" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ "والثاني".

(٣) انظر: الروضة ٢٠٨/١١.

(٤) "الرهن" رهن الشيء رهناً، ورهوناً، ثبت، ودام. المصباح المنير ٢٤٢/١. وشرعاً: حبس الشيئ بحق يمكن أخذه منه كالدين.
انظر: القاموس الفقهي ص ١٥٤، والتعريفات للجرجاني، ص ١١٣.
والذي نص عليه في كتاب الرهن هو "بل يصح رهن الشائع ..." انظر الوجيز ١٥٩/١.

(٥) من هنا يبدأ سقط في نسخة أ مايقرب من ١١ لوحة.

(٦) في: ز الاحتياط.

(٧) في: ظ "فكالكيرباس".

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والأصول

تحقيق ودراسة القسم التاسع من كتاب

فتح العزيز في شرح الوجيز

للإمام أبي القاسم عبد الكريم الرافعي (ـ ٥٥٥ - ٦٢٣هـ)

ويبدأ من النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان وكتاب النذور وأدب القضاء والشهادات والدعاوى والبينات والعتق والتدبير، والكتابة وعتق أمهات الأولاد

رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه من
قسم الدراسات العليا الشرعية بجامعة أم القرى

إشراف
الأستاذ الدكتور/ محمد بن عبد القادر العروسي

إعداد الطالب/
يحيى حسين مساوى المباركي

المجلد الثاني

١٤١٩هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

وكذا قوله: "على ثلاث رقاع" لقول "من قال: إنه يثبتها في ست رقاع. وكيفية إدراج الرقاع. وإخراجها على الوجه المذكور لايختص بقسمة المتشابهات، بل هي في قسمة التعديل إذا عُدِّلت الأجزاء بالقيمة. كذلك. وقوله: في مسألة الطاحونة، والحمام "لايجبر" معلم بالميم، والواو. وقوله: "فلا يجاب" معلم[1] بالحاء والميم.

[فصل: إذا ادعى أحد الشركاء غلطاً في القسمة على قسام القاضي]

(قال [الغزالي]: فرع: إذا ادَّعى غلطاً في قسمة الإجبار، لم تسمع على قسام القاضي دعواه، ولا تتوجه اليمين[2] لكن إن أقام البينة أعيدت القسمة، وإن كانت قسمة التراضي.

وقلنا: إنه بيعٌ وجرى لفظ تملك، فلا ينفعه الغلط، بل هو كالغبن، لايوجب النقض، وفيه وجه أنه ينقض.

وإن قلنا: إنه إفراز فتتوجه اليمين، وينقض عند قيام البينة).

[قال الرافعي:] إذا قسم قسام القاضي بالإجبار، ثم ادعى أحد الشريكين غلطاً أو حيفاً، نُظِرَ: إن لم يتبين مايزعم به الحيف، أو الغلط لم يُلتفت إلى قوله، وإن بيَّنه، لم يُمكن من تحليف القسام، كما لايُحْلِفُ القاضي على أنه لم يظلم، والشاهد على أنه لم يكذب، ولكن لو أقام بينته، سمعت ونُقِضَتْ القسمة، كما لو قامت البينة على ظلم القاضي، وكذب الشهود.

وقال الشيخ أبوحامد وغيره: وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا، ويمسحا، ويعرفا الحال، فيشهدا.

وألحق أبوالفرج السرخسي: بقيام البينة ما إذا عرف أنه يستحق ألف ذراع، ومسح ما أخذه، فإذا هو تسعمائة.

ولو لم تقم حجة، وأراد تحليف الشريك مُكِّنَ منه، فإن نكل وحلف المدعي

---

(١) "معلم" ليست في: ز.
(٢) في: ظ "ولكن".

نُقِضَتْ القسمة، ولو حلف بعض الشركاء، ونكل بعضهم، فحلف المدعي لنكول بعضهم.

قال في "الوسيط": تنقض القسمة في حق الناكلين دون الحالفين، ولا يطالب الشريك بإقامة البينة[١]، على أن القسمة الجارية عادلة، اكتفاءً بأن الظاهر الصواب[٢].

وفي كتاب القاضي ابن كج أن أبا الحسين: ذكر أن ابن أبي هريرة حكى قولاً: أن على الشريك البينة، على أنها عادلة، وإن المدعي الغلط لايحتاج إلى البينة. وأن أبا إسحاق فصَّل فقال: إن قال مدعي الغلط: أن القَسَّام الذي قسم، لايحسن القسمة، ولا يعرف المساحة والحساب، فالأصل مايقوله، وعلى صاحبه[٣] البينة.

وإن قال: إنه سها فعليه البينة[٤].

ولو اعترف القسام بالغلط، أو الحيف، فإن صدقه الشركاء، نقضت القسمة، وإلا لم تنقض، وعليه ردُّ الأجرة.

قال في "التهذيب" وهو كما لو قال القاضي: غلطت في الحكم، أو تعمدت الحيف، فإن صدقه المحكوم / له استرد المال، وإلا لم يسترد، وعلى القاضي الغرمُ. (٤٩٣/ز)

وأما إذا جرت القسمة بالتراضي، بأن نصبا قساماً، أو اقتسما بأنفسهما، ثم ادعى على[٥] أحدهما غلطاً، فإن لم يعتبر الرضى بعد خروج القرعة، فالحكم كما إذا ادعى الغلط في قسمة الإجبار، وإن اعتبرناه وتراضيا بعد خروج القرعة، ففي الكتاب: أنه مبني على أن القسمة بيعٌ، أو إفراز حق، إن قلنا: إنها إفراز حق، فالإفراز لايتحقق مع التفاوت، فتنقض القسمة إن قامت على بينة[٦]، ويحلف الخصم إن لم تقم.

---

(١) في: ز "الشريك بالبينة".

(٢) انظر: ٣٣٥/٧.

(٣) في: ب، ظ "صاحب".

(٤) انظر: الروضة ٢٠٩/١١، ومغني المحتاج ٤٢٥/٤.

(٥) "على" ليست في: ز.

(٦) في: أ، ب، ظ "البينة".

وإن قلنا: بيعٌ ، فوجهان، أحدهما: أن الجواب كذلك، لأنهما تراضيا لاعتقادهما أنها قسمة عدل.

وأظهرهما: أنه لافائدة لهذه الدعوى، ولا أثر للغلط، وإن تحقق، كما لا أثر للغبن في البيع والشراء، وهذا ما أجاب به أكثرهم، كأنهم اقتصروا على الجواب الأرجح[١].

وقوله في الكتاب: "وجرى لفظ تملك" ظاهره يشعر باعتبار لفظ البيع، أو التمليك، ويقرب منه عبارته في "الوسيط" لكنّا إذا جعلنا القسمة بيعاً، لا يشترط لفظ البيع، والتمليك، ويجري عليها أحكام البيع، وإن لم يجز لفظ البيع، فليحمله قوله "وجرى لفظ تملك" على لفظ يقتضي الملك، وإن لم يكن لفظ البيع، والتمليك، وذلك[٢] يرجع إلى ماحكينا من اعتبار الرضى بعد خروج القرعة، ويتبين ما لكل واحد من الشريكين. وا لله أعلم.

[فصل: فيما لو ظهر دين بعد قسمة التركة]

(قال [الغزالي]: ولو ظهر دين بعد قسمة التركة، نُقِضَتْ إلا إذا وفوا الدين. وقيل: إنه يتبين البطلان بكل حال، ولو استحق بعض المال شائعاً، انتقض في المستحق دون الباقي. وقيل: ينتقض[٣] لتفريق الصفقة).

قال الرافعي: إذا قسمت التركة بين الورثة، ثم ظهر دين، فإن جعلنا: القسمة إفرازَ حقٍ، فهي صحيحة، ثم تباع[٤] الأنصباء في الدين إن لم يوفوه. وإن جعلناها بيعاً، فقد ذكرنا في ((كتاب الرهن[٥])) وجهين في بيع الوارث التركة قبل قضاء الدين، وبيّنا أنه لو تصرف، ولادين ظاهراً، ثم ظهر دين[٦]، فالأظهر[٧] صحة التصرف، ففي القسمة

---

(١) انظر: الروضة ٢٠٩/١١، ومغني المحتاج ٤٢٥/٤.

(٢) من "ويجري عليها ... لفظ البيع والتمليك" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: ز "إنه ينتقض".

(٤) في: ب، ظ "باع".

(٥) انظر: الوجيز ١٥٩/١، فتح العزيز مع المجموع ١١٨/١٠، والروضة ٨٥/٤.

(٦) "ثم ظهر دين" ليست في: ز.

(٧) في: ز "فالأصح".

ذلك[1] الوجهان، إن رجحنا البيع، فالقسمة الجارية صحيحة، فإن وفَّوا الدين، استمرت، وإلا نُقِضَت، وبيعت التركة في الدين، وإن لم تصح، فالقسمة باطلة، ولو جرت قسمة، ثم استحق بعض المقسوم[2]، فإما أن يُستحقّ جزءٌ شائعٌ، أو شئٌ معين، إن استُحق جزءٌ شائعٌ كالثلث، فتبطل القسمة في المستحق، وفي الثاني طريقان: قال ابن أبي هريرة: إنه على الخلاف في تفريق الصفقة[3]، ففي قول: تبطل فيه أيضاً، وفي قول: تصح، ويثبت الخيار[4]. وهذا ما أورده في الكتاب، وبه أخذ أكثرهم. وقال أبوإسحاق: تبطل القسمة، قولاً واحداً، لأن[5] المقصود من القسمة، تمييز الحقوق، وإذا ظهر الاستحقاق، كان المستحق شريك كل واحد منهم، فلا يحصل التمييز، وأيضاً فقد بان أن المستحق شريكٌ، وانفراد بعض الشركاء بالقسمة، ممتنعٌ . وبهذا أجاب القاضي الروياني: في "الحلية"[6]. وإن استحق شيء معين، نظر: إن اختص المستحق بنصيب أحدهما، أو كان المستحق من نصيب أحدهما أكثر، بطلت القسمة، لأن ما تبقى لكل واحد، لايكون قدر حقه، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر، وتعود الإشاعة، وإن كان المستحقان متماثلين، بقيت القسمة في الباقي[7]. وفيه وجه آخر: أنها تبطل لمعنى التفريق.

ولو ظهرت وصية بعد قسمة التركة، فإن كانت مرسلة، فكما لو ظهر دين في التركة[8]، وإن كان بجزءٍ شائعٍ، أو معين، فعلى ماذكرنا في الاستحقاق[9].

---

(١) في: ز «ذالك».

(٢) في: ب، ظ "المقوم".

(٣) تفريق الصفقة: "بيع مايجوز بيعه، ولا ما لايجوز بيعه في عقد واحد". انظر: القاموس الفقهي ص ٢١٣.

(٤) انظر: الروضة ١١/٢١٠، ومغني المحتاج ٤/٤٢٥، والمذهب البطلان.

(٥) في: أ، ب، ظ "إذ".

(٦) وهو كما قال في كشف الظنون ١/٦٩١ (حلية المؤمن في الفروع - لأبي المحاسن عبد الواحد ابن إسماعيل الروياني الشافعي المتوفي سنة ٥٠٢هـ. وهو من المتوسطات فيه اختيارات كثيرة منها مايوافق مذهب مالك".

(٧) على الصحيح. انظر الروضة ١١/٢١٠، ومغني المحتاج ٤/٤٢٥.

(٨) على الوجهين. الأصح صحة التصرف. انظر: الروضة ١١/٢٠٩، و ص٣٥٨، وفتح العزيز مع المجموع ١٠/١١٨، والروضة ٤/٨٥.

(٩) في الصفحة التي قبلها.

واعلم أن ظهور الدين، والاستحقاق، لاتختص بقسمة المتشابهات، وكذلك دعوى الغلط على ما تبين في الفصل السابق.[١] ولو أورد هذه الصورة بعد عدد أنواع القسمة كلها لكان أحسن[٢]. وا لله أعلم.

[فصل في قسمة التعديل]

(قال: [الغزالي] أما قسمة التعديل[٣] ففي الإجبار عليها[٤]، وجهان.

وهو أن يُخلِّف على ثلاثة بنين، ثلاثة أعبد متساوي القيمة، أو عبداً، أوطاحونة، أوحماماً، أو أقمشة يمكن تعديل سهامها بالقيمة. أما إذا خلَّف قطع أرضٍ تقبل قسمة الإفراز، فلا يجبر فيها على قسمة التعديل أصلاً.

ولو كان بين شريكين[٥] عرصة، والثلث بالمساحة، نصف بالقيمة لقربه من الماء، فيجبر عليه، ولا ينظر إلى ذلك، والدار المختلفة الأبنية من جملة[٦] قسمة التعديل، فلا يجبر عليها، واللَّبنات المختلفات[٧] القوالب، كذلك، فإن تساوت القوالب فيجبر).

[قال الرافعي]: النوع الثاني قسمة التعديل، والمشترك الذي[٨] تعدل سهامه بالقيمة، ينقسم إلى مايعدُّ شيئاً واحداً، وإلى مايعدُّ شيئين فصاعداً.

القسم الأول: مايعدُّ شيئاً واحداً، كالأرض التي تختلف قيمة أجزائها لاختلافها في قوة[٩] الإنبات، وفي القرب من الماء، والبعد منه، أو في أن بعضها يسقى من النهر، القسم الأول: فيما يعد شيئاً واحداً كالأرض

---

(١) انظر ص ٤٨٢-أي إذا ادعى أحد الشريكين غلطاً على قسام القاضي.

(٢) في: ز "عدّ".

(٣) "التعديل" كما قال في المصباح ٣٩٦/١ "وهي قسمة الشيئ باعتبار القيمة، والمنفعة، لا باعتبار المقدار، فيجوز أن يكون الجزء الأقل يعادل الجزء الأعظم في قيمته، ومنفعته".

(٤) في: ب، ظ "عليه".

(٥) في: ز "شريكي".

(٦) "جملة" ليست في: ب، ظ.

(٧) في: ز "المختلفة".

(٨) قوله: "والمشترك الذي" ليست في: ب، ظ.

(٩) في: ب، ظ "مدة".

وبعضها بالنضح فيكون ثلثها لجودته بالقيمة، مثل ثلثها مثلاً، فيجعل هذا سهماً، وهذا سهماً إن كانت بينهما بالسوية، فإن اختلفت الأنصباء، كنصف، وثلث، وسدس، فتجعل ستة أسهم بالقيمة دون المساحة. وإذا طلب أحد الشريكين القسمة، فهل يجاب إليها، ويجبر الممتنع؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم[١]. إلحاقاً للتساوي في القيمة بالتساوي في الأجزاء.

والثاني: لا . لاختلاف الأغراض، والمنافع. وإذا قلنا: بالإجبار، فأجرة القسام توزع بحسب[٢] الشركة في الأصل، أم بحسب المأخوذ قلة، وكثرة؟ فيه وجهان، أقربهما: الثاني، لأن العمل في الكثير، أكثر.

واعلم أن الخلاف في الإجبار كما أنه يجري فيما إذا كان اختلاف الأجزاء، لاختلاف الصفات، تجري فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس، كالبستان الذي بعضه نخيل، وبعضه كرمٌ، والدار المبني بعضها بالآجُرِّ، وبعضها بالخشب، والطين. وأن صاحب "التهذيب"[٣] رجح من القولين / منع الإجبار، لكن أصحابنا العراقيون، (٤٩٤/ز)
وغيرهم رجحوا الإجبار، ولو لم يقل بذلك لامتنع الإجبار في البستان المشتمل على الأشجار المختلفة، وفي الدار المشتملة على الحيطان، والأجذاع والأبواب، وهو شأن البساتين والدور غالباً، وينجر ذلك إلى أن لاتثبت فيها الشفعة، كالطاحونة، والحمام.

ومعلوم أنه بعيد، وأنه يشبه أن يكون الخلاف في الإجبار مخصوصاً بما إذا لم يمكن[٤] قسمة الجيد وحده، والرديء وحده، وإن لم يكن الخلاف مخصوصاً به، فيمكن أن يكون ترجيح قول الإجبار مخصوصاً به[٥]، فإن أمكن أن يقسم كل واحد منهما، وحده، فلا يجبر على قسمة التعديل، كما لو كانا شريكين في أرضين يمكن قسمة كل واحدة منهما بالأجزاء، لايجري الإجبار على التعديل.

---

(١) وهو الأظهر. انظر: الروضة ١١/٢١٠، ومغني المحتاج ٤/٤٢٣.
(٢) في: ز "على حسب".
(٣) انظر: التهذيب ٨/ ٢٠٩ .
(٤) في: أ ، ز "يكن". وفي ظ "فإن أمكن أن يقسم".
(٥) من قوله "بما إذا لم يكن ... مخصوصاً به" ليست في: ب، ظ.

القسم الثاني: مايعدُّ شيئين فصاعداً، ولنتكلم في العقار، ثم في غيره. أما العقار: فإذا اشتركا في دارين، أو في حانوتين متساويي[١] القيمة، وطلب أحدهما القسمة بأن يجعل، لهذا داراً، ولهذا داراً لم يجبر صاحبه سواءٌ تجاور الحانوتان والداران، أو تباعدا، لشدة اختلاف الأغراض، باختلاف المحال، والأبنية، فيلحقان بالجنسين المختلفين. وعن مالك: أنه يجبر عند التجاور[٢]. وعن أبي حنيفة[٣]: أنه يجبر إن كانت[٤] إحدى الدارين حجرة للأخرى. وفي "الرقم" للعبادي: وجه: أنه يجبر من غير فرق بين التجاور، والتباعد. ولو كانت بينهما دكاكين صغار متلاصقة لا تحتمل آحادها القسمة ويقال لها: العضائد[٥]، وطلب أحدهما: أن تقسم أعياناً، هل يجبر الممتنع؟ فيه وجهان: أحدهما: لا كالدور، وكما لو كانت متفرقة.

وأصحهما: على ماذكره القاضي الروياني[٦] وغيره: نعم للحاجة فينزل منزلة الخان[٧] المشتمل على البيوت، والمساكن، هكذا صور هذه الصورة أكثر ناقليها، وهو القويم، وصورها صاحب "المهذب"[٨] فيما إذا احتملت كل واحدة منهما[٩].

وحكى وجهين فيما إذا طلب أحدهما قسمتها أعياناً، والآخر قسمة كل واحدة منهما، يجاب الأول إلحاقاً لها بالدار المشتملة على البيوت.

---

(١) في: أ، ب "متساو".

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٣٣.

(٣) قسمت على قول أبي حنيفة، وقالا أبويوسف ومحمد: إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها". انظر: الكتاب ٩٩/٤، وفتح القدير ٣٦٠/٨.

(٤) في: أ، ب، ظ "كان".

(٥) "العضائد" : أي الدور الصغار المتلاصقة البناء. قال الجوهري "أعضاد كل شيئ مايسند حوله من البناء وغيره كأعضاد الحوض، وهي حجارة تنصب حول شفيره، ولعلها سميت عضائد من هذا البناء ويقال: عضدٌ من نخل: إذا كانت منعطفة متساوية".
انظر: النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ٣٩٣/٢.

(٦) انظر: الروضة ٢١١/١١، ومغني المحتاج ٤٣٢/٤.

(٧) الخان:ماينزله المسافرون، والجمع خانات. انظر: المصباح ص ١٨٤.

(٨) انظر: المهذب ٣٩٣/٢.

(٩) في: أ، ب، ظ منهما.

والثاني: إلحاقاً بالدور، والأقرحة[١]، إن كانت متفرقة فهي كالدور، وإن كـانت متجاورة، ففي "الشامل" أن أبا إسحاق: نزلها منزلـة القِـرَاح الواحـد المختلـف الأجـزاء، وأن غيره قال: إنما يكون كالقراح الواحد إذا اتحدَّ الشـرب، والطريـق، فـإن تعـذر فهـي كما لو تفرقت.

قال[٢]: وهذا أشبه بكلام الشافعي رضي ا لله عنه.

وأمـا غـير العقـار: فـإذا اشـتركا في [٣] عبيـد أو دواب، او أشـجار، أو ثياب، فإما أن تكون من نوع واحد، أو لا تكون؟

الحالة الأولى: إذا كانت من نوع واحد، وأمكن التسـوية بـين الشـريكين عـدداً، وقيمة، كعبدين متساويي القيمة بين اثنـين، وكثـلاث دواب متسـاوية القيمـة بـين ثلاثـة فظاهر المذهب: أنه يجبر على صحـة[٤] قسـمتها أعيانـاً ويكتفـي بالتسـاوي في القيمـة، بخلاف الدور لشدة اختلاف الأغراض فيها[٥].

وعن أبي علي بن خيران، وابن أبي هريرة: أنهـا كـالدور، وحكـى ابـن الصبـاغ القطع في العبيد، بجواز الإجبار، كما جزأ النبي صلى ا لله عليه وسلم العبيد السـتة الذيـن أعتقهـم الأنصاري رضي ا لله عنه في مرضه ثلاثة أجزاء"[٦] وخص الخـلاف بغـير العبيـد، وعن أبي حنيفة[٧]: أنه لا إجبار في العبيد ولا في الخيل والإبـل وإن لم يمكـن التسوية في العدد كثلاثة أعبد بين اثنين على السواء، أحدهم يساوي الآخريـن في القيمـة، فـإن قلنـا بالإجبار عند إمكان التسوية، فهاهنـا قـولان: ينظـر في أحدهمـا إلى تعـادل القيمـة، وفي

---

(١) الأقرحة: جمع قراح، كسحاب الأرض التي لا ماء بها ولا شجر. انظر: المصباح ٤٩٦.

(٢) "قال" ليست في: ب، ظ.

(٣) في ز: لا في عقار أو ...

(٤) "صحة" ليست في: ز.

(٥) انظر: الروضة ٢١٢/١١.

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي ١٣٩/١١، كتاب الأيمان، باب صحبة المماليك. وأخرجه أبوداود في سننه ٢٨/٤، كتـاب العتـق، بـاب فيمـن أعتـق عبيـداً لـه،لم يبلغهـم الثلـث، حديث ٣٩٥٨. وانظر مصابيح السنة ٤٨٦/٢، وتلخيص الحبير ٩٣/٣ و ١٩٧/٤ و ٤١٣.

(٧) انظر: اللباب شرح الكتاب ٩٥/٤ و ٩٦.

الثـاني إلى اختـلاف العـدد، وتفـاوت الأغـراض بذلـك، وهـذان القـولان، كـالقولين في الأرض المختلفة الأجزاء لالحاقنا الأعيان المتماثلة بالأرض المتشابهة الأجزاء، فـإن كـانت الشركة لاترتفع إلا عن بعض الأعيان، كعبدين بـين اثنـين، قيمـة أحدهمـا مائـة، وقيمـة الآخر مائتان، فطلب[١] أحدهما القيمـة[٢] ليختـص مـن خرجـت لـه[٣] قرعـة الخسـيس بالخسيس، ويكون له مع ذلك ربع النفيس، فهذا يترتب على الصورة السابقة، فإن قلنـا: لا إجبار هناك فهاهنا أولى، وإن قلنا: بالإجبار هناك فهاهنا وجهان، أو قولان، والأصح المنع، لأن الشركة لا ترتفع بالكلية[٤].

الحالة الثانية: إذا لم تكن الأعيان من نوع واحـد، بـل كـانت أنواعـاً مـن جنـس واحد، كالعبد التركي مع الهندي، وثوب الإِبْرَيْسَم[٥] مع الكِتّـان[٦]، أو كـانت أجناسـاً مختلفة كالعبد، والثوب، والحنطة والشعير، والدابة، والـدار، فطلـب أحدهمـا: أن تقسـم أنواعاً، وأجناساً فلا يجبر الآخر، وإنما تقسم. كذلك إذا تراضيا.

ولو اختلفت الأنواع، وتعذر التمييز، كالتمر الجيـد مـع الـرديء، فـلا قسـمة إلا بالتراضي. هذا ما أورده الجمهور، وقطعوا به.

وأجرى أبوالفرج السرخسي عند اختـلاف النـوع، والخـلاف في الإجبـار. وزاد الإمام ، وصاحب الكتاب فأجرياه عند اختلاف الجنس، والصحيح الأول[٧].

ونعود الآن إلى مايتعلق بلفظ الكتاب. قوله: "وهي أن يُخلِّف علـى ثـلاث بنـين ثلاثة أعبد" لايخفي أن هذا ليس تفسيراً لقسمة التعديـل، وإنمـا هـو مذكـور علـى سـبيل

---

(١) في: ز "وطلب".

(٢) في: ز "القسمة".

(٣) في: ز "له من خرجت".

(٤) انظر: الروضة ٢١٢/١١.

(٥) الإبريسم: "أحسن الحرير" وفيه ثلاث لغات: فتح الهمزة وكسرها مع فتح الراء فيهمـا. والثالثـة: بكسر الهمزة والراء. القاموس الفقهي ص ١١.

(٦) الكَتّان: بفتح الكاف معروف. عربي وسمي بذلك لأنه "يكتن" أي يسود إذا ألقي بعضه على بعضه. المصباح ٥٢٥/٢ حرف الهمزة.

(٧) انظر: الروضة ٢١٣/١١.

التمثيل. وقوله: "أو عبداًأُوطاحونة،أُوحماماً" ينبغي أن يعلم بالواو، لأنه عدَّ هذه الصورة من قسمة التعديل، مع اختلاف الجنس فيها، والمشهور خلافه، كما عرفت.

وقوله "أما إذا خلّف قطع أرض تقبل قسمة الإفراز، فلا يجبر فيها على قسمة التعديل" يمكن إعلامه بالواو، لأن الفُوراني أشار فيه إلى خلاف، وهو كما حكيناه عن رواية "العبادي" في الدارين. وقوله: "وإن[1] كان بين شريكين عرصة، والثلث بالمساحة نصف القيمة لقربه من الماء فيجبر ولاينظر إلى ذلك" أراد به أنه يجبر على هذه القسمة. ولا يخرج على الخلاف السابق، هكذا ذكره في "الوسيط" لكنه غير مسلم، بل المفهوم من كلام الأصحاب تصريحاً وتلويحاً أن هذه الصورة من قسمة التعديل. وقوله: "والدار المختلفة الأبنية" من جملة قسمة التعديل اختلاف الأبنية، إن كان لاختلاف المبنى به كالأجر مع اللين، فلا كلام في أن قسمتها من جملة قسمة التعديل، وإن كان لاختلاف هيئات البناء، وأشكالها، وسعتها وضيقها، فعن بعضهم، أن الجواب كذلك. قال الإمام: إذا كان في شرقي الدار صفة وبيت، وكذلك في غربها ويأتي تبعيض[2] العرصة، فقد اشتملت[3] كل حصة على مثل ما اشتملت عليه الأخرى، فيجوز أن يقال: يجري الإجبار على مثل هذه القسمة، ولا يختلف الأمر بإختلاف الجهة، فاعتبر تماثل الحصتين في الأبنية، ومنهم من قطع بالإجبار مع اختلاف أشكال الأبنية، وهيئاتها، والقياس الأول.

وقوله: "واللبنات المختلفة القوالب، كذلك" يعني أنه إذا اختلفت القوالب تختلف الأغراض فيجيء في الإجبار على القسمة الخلاف.

أما إذا تساوت كانت كالمتشابهات فيجبر فيه[4] على القسمة.

فرع: دار بين اثنين لها علو وسفل فطلب أحدهما قسمتها علواً وسفلاً، أجبر الآخر عند الإمكان، وإن طلب أحدهما أن يجعل العلو لواحد، والسفل لآخر، لم يجبر

---

(١) في: ج "ولو".
(٢) في: ب "تبعض قسمة العرصة". وفي: ظ "تبعض".
(٣) في: ب، ظ "اشتمل".
(٤) في: ز "فيها".

عليه، هكذا أطلقوه ووجهوه بأن العلو تابع، والسفل متبوع، فلا يجوز أن يجعل أحد النصيبين تابعاً[١]، والآخر متبوعاً، وبأن العلو مع السفل كدارين متلاصقتين، لأن كل واحد منهما تصلح أن[٢] يتخذ مسكناً، ويجوز أن يقال: إن لم يمكن القسمة سفلاً وعلواً، فجعل السفل لأحدهما، والعلو للآخر[٣] من جملة قسمة التعديل، وإن طلب أحدهما أن يقسم السفل بينهما، ويترك العلو على الإشاعة، لم يجبر الآخر عليه، لأنهما قد يقسمان العلو بعد ذلك فيقع مافوق نصيب هذا من السفل لذلك.

[فصل في قسمة الرد]

(قال [العزالي]: وأما قسمة الرد: وهي[٤] أن يخلّف عبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ستمائة، فلو رد آخذ النفيس مائتين استويا، ولا إجبار على هذا أصلاً، ولو انفرد أحدهما بالخسيس وخُمسِ النفيس لنزول الشركة عن أحد العبدين استويا، ولكن الظاهر أنه لايجبر عليه، لأن أصل الشركة قائم، وقيل: إنه كقسمة التعديل).

[قال الرافعي] النوع الثالث: قسمة الرد، وصورتها: أن يكون في أحد جانبي الأرض بئرٌ، أو شجر، أو في الدار بيت لايمكن قسمته، فيضبط قيمة ما اختص به ذلك الجانب فيقسم الأرض والدار على أنه يرد من يأخذ الجانب الذي فيه البئر، أو الشجر، أو البيت، تلك القيمة، وهذا لا إجبار عليه، لأنه دخله ما لا شركة فيه، وكذلك لو كان بينهما عبدان بالسوية، وقيمة: أحدهما: ألف، وقيمة الآخر سبعمائة، واقتسما على أن يرد آخذ النفيس مائتين ليستويا[٥] هذا هو المشهور[٦].

وفي "أمالي أبي الفرج" أن من أصحابنا من خرج قولاً في الإجبار[٧] مأخوذاً من

---

(١) "تابعاً" ليست في: ز.
(٢) في: ز "لأن".
(٣) في: ز " لآخر".
(٤) في: ب، ظ "استويا".
(٥) في: ب، ظ "استويا".
(٦) انظر: الروضة ٢١٤/١١.
(٧) في: ز "في الإجبار قولاً".

الخلاف فيما إذا كان بينهما عبدان، قيمة أحدهما، ألف، وقيمة الآخر ستمائة، وطلب أحدهما: القسمة ليخلص الخسيس لأحدهما، وهذه الصورة هي التي ذكرها صاحب الكتاب على الأثر[١] وقد أدرجناها في الفصل السابق[٢]. وحاصل مافيها طريقان، كما في الكتاب.

أحدهما: القطع: بأنه[٣] لا إجبار.

وثانيهما: أنه على الخلاف في قسمة التعديل[٤]، لكن إطلاق القول بالترجيح[٥]، بعيدٌ لأنه لا رد في تلك الصورة، ولا تصرُّف إلا في المشترك بخلاف مانحن فيه.

نعم[٦]، لو لم يكن ردٌ وترك مافيه[٧] الفصل على الإشاعة، فالصورة، كالصورة، ولذلك قال بعض المتلقين عن الإمام: لايجري الإجبار في قدر الرد، والميل في الباقي إلى المنع، فأشار إلى تخصيص الخلاف بما وراء قدرِ الرد، وإذا حصل التراضي على قسمة الرد، فيجوز أن يتفقا على من يأخذ النفيس، ويرده، ويجوز أن يُحَكِّمَا القرعة، ليرُدَّ من خرج له منهم النفيس.

[فصل: في قسمة المتشابهات وهل هي إفراز حق أو بيع]

(قال [الغزالي]: ثم قسمة المتشابهات بيعٌ، أو إفراز حق، فيه قولان والصحيح، أن قسمة التعديل، بيعٌ، وقيل قولان، ثم يجب الرضى حيث لايجبر، ويكفي قوله "رضيت بعد خروج القرعة" والرضى قبله، هل يكفي؟ فيه[٨] وجهان: ولايكفي مجرد قوله: رضيت مالم يقل بالقسمة، أو قاسمت إن قلنا: إنه بيعٌ).

---

(١) في: ب، ظ "في الأثر".
(٢) انظر: الروضة ٢١٢/١١.
(٣) في: ز "بأن".
(٤) انظر: المصدر السابق.
(٥) في: ز "بالتحريم".
(٦) "نعم" ليست في: ب، ظ.
(٧) في: ز "مابه".
(٨) "فيه" ليست في: ز.

في الفصل قاعدتان: إحداهما[١]: قسمة المتشابهات، إفراز حق، أو بيع؟ فيه قولان: أحدهما: وبه قال: أحمد[٢] إنها إفراز حق، لأنها لو كانت بيعاً لما دخلها الإجبار، ولا جاز[٣] الاعتماد على القرعة.

ومعنى قولنا: "إفراز" أنَّ القسمة تُبيِّن أنَّ ما خرج لكل واحد منهما هو الذي ملكه.

والثاني: أنها بيع، لأنه ما من جزء من المال، إلا وكان مشتركاً بينهما، فإذا اقتسما، فكأنه باع كل واحد منهما ماكان له في حصة صاحبه. بما كان لصاحبه[٤] في حصته، وما الأصح من القولين، وما محلهما؟ أما الأصح فقد ذكر صاحب "التهذيب" وآخرون: أن الأصح: كونها بيعاً، واعتذروا عن دخول الإجبار فيها بالحاجة الداعية إليه، وذلك لايخرجها عن كونها بيعاً، كما أن الحاكم يبيع مال المديون قهراً وإجباراً، وذكر صاحب الكتاب في باب[٥] الرهن، أن الأصح، جعلها إفرازاً، ويوافقه جواب الأصحاب في مسائل متفرقة تتفرع من القولين.

وذكر في "العدة" أن الفتوى عليه[٦].

وأما المحل: ففيه: طريقان:

أحدهما: أنَّ القولين فيما إذا جرت هذه القسمة بالإجبار، أما إذا جرت بالتراضي، فهي بيع، لامحالة.

والثاني: أنهما مطردان ء جرت بالتراضي، أو بالإجبار، وحكى الطريقين

---

(١) "إحداهما" ليست في: ز.

(٢) انظر: المقنع ص ٣٣٧.

(٣) في: ب، ظ "وفي الإجبار".

(٤) "بما كان لصاحبه" ليست في: ب، ظ.

(٥) "باب" ليست في: ز. وانظر: الوجيز ١/١٥٩.

(٦) انظر: الروضة ١١/٢١٤، حيث قال: "قلت: أشار الرافعي في "المحرر" إلى اختيار الإفراز، فإنه قال: فيه قولان: ذكر أن الفتوى على الإفراز، هذا كلامه. فالمختار ترجيح الإفراز. وا لله أعلم".

صاحب "التهذيب" وقال: الأصح الأول[١].

واعلم أن القول: بأن القسمة، بيع لايمكن إجراؤه على إطلاقه لأن النصف الأيمن الذي يأخذه زيد، كما أنه لم يكن كله لزيد حتى يقال: القسمة إفراز، والنصف الأيسر لم يكن كله له حتى يقال: إنه باعه من عمرو، بل النصف الذي أخذه كان نصفه له ونصفه لصاحبه، فالقمسة إفراز فيما كان له فيه[٢]، وبيعٌ فيما كان لصاحبه.

وأما قسمة التعديل ففيها طريقان:

أظهرهما[٣]: طرد القولين، وهو قضية إيراد صاحب "المهذب" وأبي الحسن العبادي أيضاً[٤]،

والثاني: القطع بأنه بيعٌ، وهو الأصح عند صاحب الكتاب.

وقد حكى[٥] "الصيدلاني" الطريقين عن القفال، الثاني: منهما حفظاً والأول عن كِتَابِهِ، ويشبه أن يكونا مبنيين على أن قسمة التعديل هل يجبر عليها؟ إن قلنا نعم، ففيها[٦]: القولان، وإن قلنا: لا، فهي بيع، وخصص في "الوسيط" الطريقين، بقولنا[٧]: إن قسمة التعديل يجبر عليها، وقال: إذا لم نقل: بالإجبار، فهي بيع، لامحالة.

وأما قسمة الرد فهي بيع على المشهور. وقيل: هي بيع في القدر الذي يقابل المردود، ويجيء وراء ه الخلاف في قسمة التعديل.

التفريع: إن جعلنا القسمة بيعاً، فاقتسما شيئاً من أموال الربا، وجب التقابض في المجلس، ولم تجز قسمة المكيل بالوزن، والموزون بالمكيل، ولم تجز قسمة الرطب، والعنب، وما أثرت النار فيه بتعقيد الأجزاء، وإن جعلناها: إفرازاً فالحكم بخلافه، ويجوز قسمة

---

(١) في: ز "الأصح الثاني".
(٢) في: ز "له منه".
(٣) في: ب، ظ "أحدهما".
(٤) "أيضاً" ليست في: ز.
(٥) "وقد" ليست في: ب، ظ.
(٦) في: ب، ظ "ففيهما".
(٧) من قوله: "وإن قلنا لا فهي ... بقولنا" ليست في: ب، ظ.

الجص، والنورة بالكيل، والوزن، على القولين، والثمار على رؤوس الأشجار، لا تقسم[١] بالخرص، إن جعلناها بيعاً، كما لا تباع خرصاً. وإن قلنا: إفرازاً فإن كانت ثمرة غير النخل، والكرم، جازت القسمة خرصاً، كما يجوز خرصها للفقراء. وإن[٢] كان بينهما أرض مزروعة فأرادا[٣] قسمة الأرض وحدها جاز، وإن طلبها، أحدهما، أُجْبِرَ الآخر، ويجيء على قولنا: إن القسمة بيع. وجه مذكور في البيع. وإن أرادا[٤] قسمة الأرض، وما فيها، فإن اشتد الحب، لم يجز[٥]. أما إذا جعلناها: إفرازاً، فلأنه قسمة معلومٍ، ومجهول. وأما إذا جعلناها: بيعاً، فلأنه بيع أرض ومطعوم بأرض، ومطعوم، وكذا لو كان بذراً لم ينبت بعد، وإن كان فصيلاً[٦] فيجوز، وإن طلب أحدهما قسمة الأرض وما فيها، أو قسمة مافيها وحده، وامتنع الآخر والحال حال جواز القسمة بالتراضي، فالذي ذكره الشيخ أبوحامد أنه لايجبر الآخر، وعلى ذلك جرى صاحب "المهذب" و"التهذيب"، ولم يوجهوه بشئ يقنع.

ولو اقتسم الشريكان ثم تقايلا فإن جعلنا القسمة بيعاً، صحت الإقالة، وعاد الشيوع، وإلا فهي لاغية.

وقسمة الملك عن الوقف لاتجوز، إن جعلناها بيعاً، وإن جعلناها إفرازاً، فتجوز، قال القاضي الروياني: وهو الاختيار[٧]. وقسمة الوقف بين الموقوف عليهم لاتجوز على القولين، لما فيها من تغيير شرط الواقف، وفيه وجه على قول الإفراز، لأنه قد يشرف

---

(١) "لاتقسم" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: ز "وإذا".

(٣) في: ب، ظ "أراد".

(٤) في: ب، ظ "أراد".

(٥) "لم يجز" ليست في: ب، ظ.

(٦) "الفصيل" قال في المصباح ٤٧٤/٢ "فصلته" عن غيره فصلاً. من باب ضرب نحيته، أو قطعته، "فانفصل" ومنه "فصل الخصومات" وهو الحكم بقطعها ... ومنه "الفصيل" لولد الناقة، لأنه يفصل عن أمه ...".

(٧) قال النووي في الروضة ٢١٦/١١ "هذا الذي اختاره الروياني، هو المختار، وهذا إذا لم يكن فيها رد، أو كان رد من أصحاب الوقف، فإن كان من صاحب الملك، لم يجز، لأنه يأخذ بإزائه جزءاً من الوقف، ذكره صاحب "المهذب" وغيره. والله أعلم.

على البوار، ويريد بعضهم العمارة، فيبقى غرض الواقف في المعمور، وهذا الوجه حكاه القاضي ابن كج عن أبي الحسين وحده، وخصصه بقولنا: إن الملك في الوقف للموقوف عليه.

قال: ثم إن انقرض البطن الأول، وصار الوقف للثاني انتقضت القسمة.

القاعدة الثانية: قسمة الإجبار

القاعدة الثانية: قسمة الإجبار، لا يعتبر فيها الرضا إلا عند خروج القرعة، ولا بعد خروجها، ولو تراضى الشريكان بقاسم يقسم بينهما، فهل يعتبر التراضي بعد خروج القرعة، أم يكفي الرضى الأول؟ فيه قولان، كالقولين فيما لو حكمًا رجلاً، فحكم بينهما، والذي يميل إليه كلام المعتبرين، أنه يعتبر وذكروا أنه المنصوص، وبه أجاب الشيخ أبوحامد، فيما لو[1] اقتسما بأنفسهما وفي قسمة الرد، لابد من الراضا بعد خروج القرعة، كما في الابتداء.

وعن الإصطخري: وجهٌ: أنها تلزم بخروج القرعة، وإذا اعتبرنا الرضى بعد خروج القرعة، فصيغته: أن يقولا رضينا بهذه القسمة، أو بما أخرجته القرعة، أو بما جرى، ولا يشترط لفظ البيع، فإن جعلنا القسمة بيعاً هذا هو الظاهر، وفيه وجهان آخران بناء على أنها[2] بيعٌ.

أحدهما: أنه لابد من لفظ البيع، أو التمليك.

والثاني: أنه لايكفي قولهما: رضينا بما جرى، أو بهذا، بل لابد أن يتلفظا بالقسمة، بأن يقولا: تقاسمنا، أو رضينا بهذه القسمة، ليؤدي معنى التمليك، والتملك، وهذا الثاني: هو الذي أراده بقوله في الكتاب: "ولا يكفي مجرد قوله: رضيت، مالم يقل بالقسمة" إلى آخره.

وقوله: من بعد، "ويكفي قوله: رضيت بعد خروج القرعة" هو الوجه الظاهر، وبينهما مسألة متخلّلة، وقد يقتضي ظاهر نَظْمِ الكتاب "الاكتفاء بالرضى بعد خروج

---

(١) في: ب، ظ "وإذا".

(٢) في: ب، ظ "أنه".

القرعة، والاستغناء به عن الرضى قبله، وهذا الظاهر غير معمول به، بل حيث يجب الرضى، فلابد منه في الابتداء، والخلاف في أنه هل يعتبر في الانتهاء؟.

[فرعان في قسمة المنافع]

(قال [الغزالي]: فرعان: الأول: القناة، والحمام، ومالا يقبل القسمة تجري فيه المهايأة، ولكن[١] لايجبر عليها، ولايلزم، بل له الرجوع.

ولكن يرجع في الحال أو يصبر[٢] إلى أن[٣] يستوفي نوبته ثم يرجع[٤]؟ فيه وجهان: فإن جوزنا غرم قيمة ما استوفاه. وهو أجرة منفعة المثل[٥]، ولو تنازع الشركاء، وأصروا تركناهم، ولم نَبِعْ عليهم).

[قال الرافعي]: كما أن الأعيان تقسم، فالمنافع أيضاً تقسم، وطرق قسمتها المهايأة[٦] ميَاوَمَة، أو مشاهرة، أو مُسانهة، فإن كانت العين قابلة للقسمة، فلا إجبار فيها على المهايأة بحال. وكذا لو طلب أحدهما: أن يزرع هذا بعض الأرض، وهذا بعضها، أو يسكن هذا بعض الدار[٧]، وهذا بعضها، من غير أن يقسم الأصل، وامتنع الآخر، لايجبر الممتنع عليه.

وإن لم تكن العين قابلة للقسمة، كالقناة، والحمام، والعبد والبهيمة، فإن اتفق الشركاء في منافعها على المهايأة، فذاك، وحينئذ[٨] فقد[٩] يتفقان على من به البدآءة، وقد يتنازعان، فَتُحَكَّمُ القرعة، وإن طلبها أحدهما، وامتنع الآخر فوجهان:

---

(١) في: ب، ظ "لكن".

(٢) قوله: "ولكن يرجع في الحال أو يصبر" ليست في: ز ، ظ.

(٣) في: ز "ولو استوفى".

(٤) في: ز "رجع".

(٥) "اجرة منفعة المثل" ليست في: ز.

(٦) "تهيأ القوم" تهايئوا، من الهيئة جعلوا لكل واحدة هيئة معلومة. والمراد النوبة. ذكره في المصباح ٦٤٥/٢.

(٧) "أو يسكن بعض هذا الدار" ليست في: ب، ظ.

(٨) "حينئذ" ليست في: ب، ظ.

(٩) في: ب، ظ "وقد".

أحدهما: ويحكى عن ابن سريج: أنه يجبر الممتنع، كما في قسمة الأعيان، ولئلا يعطل الشريك الملك على الشريك المال[1] لجاجاً، وعلى هذا، فالحكم فيمن تبدأ به القرعة؟ ويجوز أن يكون الحكم في قدر النوبة كذلك؟ وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه لايجبر[2]، لأن في المهايأة[3] يتعجل حق أحدهما، ويتأخر[4] حق الآخر، بخلاف قسمة الأعيان، وأيضاً فالاشتراك في الأصل يقتضي الإشتراك في المنفعة، وانفراد أحدهما بالمنفعة مع الاشتراك في الأصل لايكون إلا على سبيل المعاوضة، والمعاوضات بعيدة عن الإجبار، وإذا رضيا بالمهايأة، ثم رجع المبتدي بالانتفاع قبل استيفاء نوبته مُكِّنَ، فإن مضت مدة لمثلها أجرة، غَرِّمَ نصف أجرة المثل، وإن رجع بعد استيفاء نوبته، فوجهان:

إن قلنا: لا إجبار على المهايأة فيمكن، ويغرم نصف الأجرة.

وإن قلنا: بالإجبار، فلا يُمكَّنُ ويستوفي الآخر نوبته، وإن[5] امتنع الآخر من أن ينتفع، ويستوفي نوبته.

فإن قلنا: بالإجبار فهو مضيعٌ حق نفسه، ولا أجرة له.

وإن قلنا: لا إجبار ، فله ذلك، ويأخذ من الأول نصف أجرة المثل. وكذا لو انهدمت الدار، أو مات العبد بعد نوبة الأول، فللآخر عليه[6] نصف أجرة المثل. وإذالم نقل بالإجبار، وأصرَّوا[7] على النزاع في المهايأة، فهل يبيع القاضي عليهما، قطعاً للنزاع؟. فيه وجهان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب[8]: أنه لايبيع، لأنهما كاملان مُطلقا

---

(١) "المال" ليست في: ز.

(٢) انظر: الروضة ٢١٨/١١، الوجيز ٢٤٩/٢، ومغني المحتاج ٤٢٦/٤.

(٣) في: ب، ظ "بالمهايأة".

(٤) في: ب، ظ "ويتأكد".

(٥) "وإن" ليست في ب، ظ.

(٦) "عليه" ليست في: ز.

(٧) في: ب، ظ "وأصرا".

(٨) الوجيز ٢٤٩/٢، وانظر: الروضة ٢١٨/١١.

التصرف، لاحق لغيرهما، عليهما، وعلى هذا فما الذي يفعل؟

ذكر في "الوسيط"[(١)] أنـه يتركهمـا إلى أن يصطلحـا، وهـذا يشعر بأنـه لايؤجـر عليهما، والذي أورده القاضي ابن كج، وصاحب "التهذيب" أنه يؤجر، وتوزع الأجـرة عليهما.

ولو استأجر اثنان أرضاً. وطلب أحدهما المهايأة، وامتنع الآخر، وجب أن يعـود الخلاف في الإجبار، وإن أراد قسمتها، ففي "فتاوى القاضي الحسين": أنها جائزة على قول ابن سريج: ثم إذا اقتسما، وحدث بنصيب أحدهما عيبٌ، فله الفسخ.

قال: وينبغي[(٢)] أن يُقال: لشريكه: الفسخ أيضاً.

ولو طلب أحدهما هذه القسمة، وامتنع الآخر، هل يجـبر؟ جعلـه علـى وجهـين، وإذا جرت المهايأة في العبد المشترك بين المالكين، أو في العبد الذي بعضه حرٌ بينه، وبـين مـالك البـاقي، فالأكسـاب العامـة، والمؤن العامـة كالنفقـة[(٣)]، تدخـل في المهايـأة[(٤)] وفي الأكسـاب[(٥)] النـادرة، كمـا يقبلـه بالهبـة، والوصيـة، والمؤن النـادرة، كـأجرة الطبيـب، والفصَّاد، والحجام، خلاف ذكرناه في غير موضع. والأظهر دخولها أيضاً.

وينبغي أن يُنْظَر[(٦)] في الكسوة إلى قدر النوبة حتى يبقى على الإشتراك إن جـرت المهايأة ميَاومَة.

ولا تجوز المهايأة في الحيوان اللَّبون ليحْلُبَ هذا يوماً، وهذا يوماً، وفي الشـجرة[(٧)] المثمرة لتكون ثمرتها، لهذا عاماً، ولهذا عاماً، لما فيها من الزيادة والنقصان.

وقوله في الكتاب: "لكن[(٨)] لايجبر عليها" إلى أن قال: "إلا أن يستوفي نوبته.

---

(١) انظر: ٣٤٣/٧.
(٢) في: ز "وينبني".
(٣) "كالنفقة" ليست في: ب، ظ.
(٤) في: ز "تدخل فيها".
(٥) في: ز "الاكتساب".
(٦) في: ظ "تدخل".
(٧) في: ب، ظ "الشجر".
(٨) في: ب، ظ "ولكن".

ففيه[١] وجهان يقتضي إثبات وجهين في الرجوع بعد استيفاء النوبة مع الحكم، بأنه لا إجبار في الابتداء، وهو محتمل، حملاً له على الوفاء[٢]، وتسوية بين الشريكين، والأشهر الاقتصار على بناء الوجهين على الوجهين[٣].

[الفرع الثاني: تقدم جماعة وطلبوا من القاضي أن يقسم بينهم]

(قال [الغزالي] رحمه الله: الثاني، لو تقدم جماعة، والتمسوا القسمة من القاضي، ولا بينة لهم على الملك، فالصحيح أنه يجيب، ويكتب، أنه قسم بقولهم، وفيه وجهٌ أنه لايجيب بغير حجة).

[قال الرافعي]: جماعة في أيديهم دارٌ، أو أرض، تقدَّموا إلى القاضي وطلبوا[٤] منه[٥] قسمتها بينهم. فإن أقاموا بينة على أنها ملكهم، أجابهم إلى القسمة، هذا هو المشهور، والمنصوص[٦].

واعترض ابن سريج، فقال: إنما تقام البينة، وتسمع على خصم، ولا خصم هاهنا. وأجاب ابن أبي هريرة: بأن القسمة تتضمن الحكم لهم بالملك، وقد يكون لهم خصمٌ غائب، فيسمع البينة ليحكم لهم عليه[٧]، وإن لم يُقِيمُوا بينة، فطريقان.

أظهرهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه لايجيبهم[٨] إلى القسمة، لأنها قد تكون في أيديهم بإجارة، أو إعارة، فإذا قسمها بينهم، لم يُؤْمن أن يدَّعوا مِلْكَها، محتجين بقسمة القاضي.

والثاني: يجيبهم، وبه قال أحمد[٩]: اكتفاءً بدلالة اليد على الملك، لكن يكتب في

---

(١) في: ب، ظ "وفيه".
(٢) "في: ب، ظ "على وفاء".
(٣) "على الوجهين" ليست في: ب، ظ.
(٤) في: ب، ظ "فطلبوا".
(٥) "منه" ليست في: ب، ظ.
(٦) انظر: الوسيط ٣٤٣/٧، والروضة ٢١٩/١١.
(٧) في: ظ "عليهم".
(٨) في: ب، ظ "لايجيبه".
(٩) انظر: المقنع ص ٣٣٨. وانظر: الوسيط ٣٤٣/٧، والروضة ٢١٩/١١.

الذكر، ويشهد أنَّه إنما قسمها[١] بقولهم لئلا يتمسكوا بقسمته.

والطريق الثاني: وبه قال أبوالطيب بن سلمة، القطع بالقول الأول.

وإذا أثبتنا القولين، فما الأظهر منهما؟

ذكر الإمام، وصاحب الكتاب[٢]: أن الثاني: أصح، وإليه ميل ابن الصباغ، وقال الشيخ أبوحامد، وطبقته، الأصح الأول.

ويدل عليه: أن الشافعي: لما ذكر القول الثاني قال: ولا[٣] يعجبني هذا القول[٤]. هذا في العقار. فلو[٥] ترافعوا في منقول في أيديهم، حكى القاضي ابن كج فيه طريقين.

أظهرهما: إنه كالعقار.

٤٩٨/ز والثاني: القطع/ بأنه يقسم، وإن لم تكن بينة، لأن العقار يتأبد ضرره، فيكون أجدر بالاحتياط، ولذلك خص بإثبات الشفعة، وإذا قلنا: لابد من البينة فلا فرق بين رجلين ورجل، ومرأتين.

قال القاضي ابن كج: ولا يكفي شاهد ويمين، لأن اليمين إنما تشرع حيث يكون هناك خصمٌ ترد عليه، لو[٦] فرض نكول.

وعن ابن أبي هريرة: أنه يكفي.

وقال أبوحنيفة: يجيب إلى القسمة، بقولهم في غير العقار[٧]، وفي العقار لايجيب إن نسبوه إلى إرث.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: "ويكتب أنه قسم بقولهم" لأن في "أمالي" أبي

---

(١) في: ب، ظ "قسم".

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٤٩.

(٣) في: ظ "فلا".

(٤) انظر: المختصر ص ٣٠٢، والحاوي ٢٠/٣٤٠، والروضة ١١/٢١٩.

(٥) في: ب، ظ "ولو".

(٦) في: ز "ولو".

(٧) انظر: اللباب شرح الكتاب ٤/٩٦.

الفرج السرخسي وجهاً[١]: أنه لايحتاج إلى هذا التقييد. وتعبيره عن الخلاف في المسألة بالوجه خلاف المشهور.

ولو طلب بعضهم القسمة، وامتنع الآخرون، لكنهم جميعاً متفقون على الملك، فهل يقسم القاضي؟ فيه هذا الخلاف.

[فصل: في مسائل منثورة]

[قال الرافعي]: ونختم الباب بمسائل ننشرها:

إن كانت القسمة بالإجبار، والقسَّام على ولايته.

فقوله "قسمت" مقبول، كقول الحاكم، وهو على ولايته: حكمت[٢]، وإن لم يكن كذلك، لم يقبل قوله. وهل يُسمع شهادته لأحد الشريكين؟

فيه وجهان كشهادة القاضي بعد العزل. الأصح: أنها لا تسمع.

وقال الإصطخري: تسمع إلا أن يطلب أجرة.

وعند أبي حنيفة أن[٣] شهادته مسموعة[٤].

ولو جرت القسمة[٥] ثم تنازع الشريكان في بيتٍ، أو قطعة من الأرض. وقال: كل واحد منهما[٦]: هذا من نصيبي، ولا بينة، تحالفا، ونُقِضَتْ القسمة.

قال الشيخ أبوحامد: فإن اختص أحدهُما باليد، على مافيه النزاع[٧]، فهو المصدق بيمينه.

ولو اطلع أحدهما على عيب، فله[٨] فسخ القسمة، والديون المشتركة، في ذمم

---

(١) "وجها" ليست في: ب، ظ.

(٢) "حكمت" ليست في: ب، ظ.

(٣) "أن" ليست في: ب، ظ.

(٤) "هذا قول أبي حنيفة، وأبي يوسف" وقال: محمد لا تقبل. انظر: فتح القدير ٣٦٩/٧.

(٥) في: ب، ظ "قسمة".

(٦) "منهما" ليست في: ب، ظ.

(٧) "على مافيه النزاع" ليست في: ب، ظ.

(٨) في: ب، ظ "بما صار له".

الناس. أطلق مطلقون: أنه يمتنع قسمتها، منهم صاحب "العدة". وفصلَّ أبوالفرج السرخسي، فقال[١]: إن إذن أحد الشريكين للآخر في قبض ماعلى زيد، على أن يَخْلِص له، فهل يخلص إذا قبض؟ فيه قولان:

أصحهما: المنع: لما فيه من مقابلة ما للقابض بما في ذمة الآخر، بما لشريكة فيما قبض من زيد، وبيع الدين، من غير مَنْ عليه الدين[٢] باطلٌ، وإن تراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد، لهذا، وما في ذمة عمرو لهذا، فطريقان:

أحدهما: أنّه على هذين القولين.

وأصحهما: القطع بالمنع، لأن القسمة إن كانت تبعاً، فهذا بيعُ دين في ذمةٍ بدينٍ في ذمة أخرى.

وإن كانت إفرازاً، فإفراز ما في الذمة ممتنعٌ، كقبضه، ولا مدخل للإجبار[٣] في قسمة الديون بحال، والقول في قسمة الجدار، وعرْصتِهِ قد مرَّ في كتاب الصلح فلا تطلبه هاهنا[٤]. وبا لله التوفيق.

---

(١) في: ب، ظ "وقال".

(٢) "الدين" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: ب، ظ "يدخل الإجبار".

(٤) انظر: فتح العزيز على المجموع ٣٣٤/١٠، والروضة ٢١٤/٤

كتاب الشهــــادات

وفيه ستة أبواب

الباب الأول : في أهلية الشهادة.

الباب الثاني: في العدد المعتبرة في الشهادة.

الباب الثالث: في مستند علم الشاهد.

الباب الرابع: في الشهادة على الشهادة.

الباب الخامس: في الرجوع في الشهادة.

[كتاب الشهادات]

(قال [الغزالي] : كتاب الشهادات[١]، وفيه ستة أبواب[٢]

الباب[٣] الأول: فيما يفيد أهلية الشهادة وهي التكليف والحرية، والإسلام، فلا تقبل شهادة كافر أصلاً، ولا على كافر).

[فصل: في الأدلة الدالة على مشروعية الشهادة]

[قال الرافعي] تَعَرُّض الكتاب والسنة للشهادة وأحكامها، مستفيضٌ واضح، لقوله تعالى ﴿**ولا تكتموا الشهادة**﴾[٤]، وقوله ﴿**واستشهدوا شهيدين من رجالكم**﴾[٥] وكما روى أنه ﷺ سئل عن الشهادة، فقال للسائل ترى الشمس؟ قال: نعم. فقال: على مثلها فاشهد، أو فدع[٦] وأنه[٧] ﷺ قال لبعض المدَّعِين "ليس لك إلا

---

(١) الشهادات: جمع شهادة.
وللشهادة في اللغة معان. منها: الإخبار بالشيء قاطعاً. تقول: شهد فلان على كذا، أي أخبرته خبراً قاطعاً.
ومنها: الحضور: تقول: شهد المجلس أي حضره.
ومنها: الاطلاع على الشيء، ومعاينته، تقول: شهدت كذا، أي: أطلعت عليه.
ومنها : إدراك الشئ. تقول: شهدت الجمعة أي أدركتها.
ومنها: الحلف، تقول: أشهد با لله لقد كان كذا، أي: أحلف.
ومنها: العلم. قال تعالى: ﴿وا لله على كل شئ شهيد﴾ أي: عليم.
انظر: تعريفها اللغوي في: مقاييس اللغة ٢٢١/٣، ولسان العرب ٢٢٢/٧ - ٢٢٦، والمصباح المنير ٣٢٤/١ و ٣٢٥.
وفي الشرع: هي إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد. وقيل: غير ذلك.
انظر: شرح الجلال المحلي ٣١٨/٤، ومغني المحتاج ٤٢٦/٤.

(٢) في: ز "أبواب ستة".

(٣) "الباب" ليست في: ز.

(٤) سورة البقرة من آية ٢٨٣.

(٥) سورة البقرة من آية ٢٨٢

(٦) الحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٩٨/٤: "العقيلي والحاكم، وأبونعيم في الحلية، وابن عدي والبيهقي من حديث طاوس عن ابن عباس، وصححه الحاكم وفي إسناده محمد بن سليمان بن مسمول، وهو ضعيف، وقال البيهقي: لم يرو من وجه يعتمد عليه. وانظر: ارواء الغليل ٢٨٢/٨. وانظر البيهقي ٢٦٣/١٠، كتاب الشهادات، باب التحفظ في الشهادة والعلم بها.

(٧) في: ز "وروى أنه قال: "أكرموا الشهود" زيادة.

شاهداك، أو يمينه"[١]

ولا يخفي أنه لا تقبل شهادة كل من شهد، وأنه ليس للشاهد أن يجازف ويشهد بما شاء[٢]، بل لابد في الشاهد من صفاتٍ، والشاهد من[٣] عَلِمَ بما يشهد به.

والصفات المعتبرة في الشاهد تنقسم إلى: معتبرة على العموم، كالحرية، وإلى معتبرة في بعض الأمور، كالذكورة.

وإذا شهد واحدٌ ممن اجتمعت فيه الصفات المعتبرة فقد نحكم بقوله، وقد نحتاج إلى ضميمة أخرى، وهو الأغلب، وتلك الضميمة، إما قول شاهد آخر، أو أكثر، وإما يمين المدعي، ثم الشاهد، قد يشهد بالواقعة نفسها، وقد يشهد بشهادة من يشهد بها، وعلى التقديرين فإما أن يستمر على ما شهد به، أو يرجع عنه، فعقد[٤] المصنف - رحمه الله - لبيان هذه الفصول ستة أبواب:

أحدها: في الصفات المعتبرة في الشاهد على العموم.

وثانيها في الذكورة المعتبرة على الخصوص، وفي العدد المرعي في الشهود.

وثالثها: فيما تستند إليه الشهادة.

ورابعها: في الشاهد و اليمين.

وخامسها: في الشهادة على الشهادة.

وسادسها: في الرجوع.

أما الباب الأول: فمن الصفات المعتبرة على العموم: التكليف: فلا تقبل شهادة مجنون ولا صبي.

---

(١) الحديث أخرجه: البخاري في صحيحه، من كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه. لكن دون قوله "ليس لك إلا" ١٥٩/٣. وانظر: تلخيص الحبير ١٩٨/٤، والارواء ٢٦٢/٨.

(٢) في: ز "فيشهد بما يشاء".

(٣) في: ظ "والشاهد ... مايشهد به".

(٤) في: ظ "فقيد".

الصفة الأولى التكليف

وقال مالك: تقبل شهادة الصبيان في الجراحات الحاصلة بينهم في اللعب، ما لم يتفرقوا[١]. وعن أحمد ثلاث روايات[٢]. روايتان كمذهبنا، ومذهب مالك. والثالثة: قبول شهادتهم مطلقاً، بشرط التمييز، واحتج الأصحاب، بأن الصبي لايقبل قوله على نفسه بالإقرار، فأولى أن لايقبل على غيره بالشهادة. وبقوله تعالى ﴿**واستشهدوا شهيدين من رجالكم**﴾[٣]. وقالوا: لفظ الرجال لايقع على الصبيان.

الثانية الحرية

ومنها: الحرية: فلا تقبل شهادة الرقيق قِنّاً كان[٤] أو مديراً، أو مكاتباً، أو أم ولد.

وقال أحمد[٥]: تقبل. ولنا أن نفوذ القول على الغير، نوع ولاية فيعتبر فيها الحرية، كما في سائر الولايات. وأيضاً فالرقيق لاشتغالة بخدمة السيد، لا يتفرغ لتحمل الشهادة، ولا لآدائها[١].

الثالثة الإسلام

ومنها: الإسلام، فلا تقبل شهادة الكافر، ذمياً كان أو حربياً، شهد على مسلم أو كافر. وقال أبوحنيفة: تقبل شهادة الكافر على الكافر اتحدت ملتهما، أو اختلفت.[٦] وعن أحمد فيما رواه صاحب "الشامل" أنه تقبل شهادته على المسلم في الوصية، إذا لم يكن هناك مسلم[٧].

لنا: ماروي أنه ﷺ قال: "لاتقبل شهادة أهل دين على غير أهل دينهم، إلا

---

(١) قال ابن رشد في بداية المجتهد ٤٦٣/٢ "واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح، وفي القتل، فردها جمهور فقهاء الأمصار، لما قلناه من وقوع الإجماع على أن من شرط الشهادة، العدالة، ومن شرط العدالة البلوغ، ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك، وإنما هي قرينة حال، ولذلك اشترط فيها: أن لايتفرقوا لئلا يجبنوا". وانظر: موطأ مالك ٧٢٦/٢. وانظر: مختصر خليل ص ٢٦٣، ومواهب الجليل ١٥١/٦.

(٢) انظر: المقنع ص ٣٤٦، والإنصاف ٣٧/١٢.

(٣) سورة البقرة، من آية ٢٨٢.

(٤) "كان" ليست في: ب، ظ.

(٥) انظر: المقنع ص ٣٤٨، والإنصاف ٦٠/١٢.

(٦) انظر: فتح القدير ٤٧٨/٦.

(٧) انظر: المقنع ص ٣٤٦، والانصاف ٣٩/١٢.

المسلمون فإنهم عدول عن أنفسهم، وعلى غيرهم"[١]

[فصل: في الصفات المعتبرة في الشهادة]

(**قال [الغزالي]: ووراء هذا[٢] ثلاث صفات، الأولى[٣]: العدالة، ومن يقدم على كبيرة. أو يصرَّ على صغيرة، فهو فاسق، لا تقبل شهادته، وأما الإلمام بكذبه، أو غيبة، أو صغيرة أخرى عن هفوةٍ، أو فترةٍ مع استشعار ندم، وخوف فلا تبطل الثقة بقوله**)[٤].

[قال الرافعي]: لما كانت الصفات الثلاث التي سبقت خفيفة المؤنة سردها سرداً، ثم صرف العناية إلى بيان صفات آخر، فطول النظر فيها، فقال: ووراء هذا[٥] ثلاث صفات: إحداها: العدالة. فهي شرط قبول الشهادة، قال الله تعالى ﴿**إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا**﴾[٦] وقال تعالى ﴿**وأشهدوا ذوي عدل منكم**﴾[٧] وقال تعالى ﴿**ممن ترضون من الشهداء**﴾[٨] والفاسق ليس بمرضي الحال.

وروي أنه ﷺ قال: "لاتقبل شهادة خائن، ولا خائنة، ولا زان، ولا زانية"[٩] (١٠)

---

(١) الحديث: أخرجه البيهقي ٢٧٥/١٠، كتاب الشهادات، باب من رد شهادة أهل الذمة. وقال عمر بن راشد: "هذا ليس بالقوي وقد ضعفه أحمد بن حنبل، ويحي بن معين، وغيرهما، من أئمة أهل النقل"

وقال ابن حجر في التلخيص: ١٩٨/٤ وضعفه أبوحاتم. وانظر: البدر المنير ٤٣٩/٢، وإرواء الغليل ٢٨٣/٨.

(٢) في: ب، ظ "هذه".

(٣) في: ب، ظ "الوصف الأول".

(٤) "بقوله" ليست في: ز.

(٥) في: ب، ظ "هذه".

(٦) سورة الحجرات، من آية ٦.

(٧) سورة الطلاق، من آية ٢.

(٨) سورة البقرة، من آية ٢٨٢.

(٩) الحديث أخرجه أبوداود في سننه ٣٠٦/٣، كتاب الأقضية، باب من ترد شهادته.

وأخرجه الترمذي مع التحفة ٥٨٠/٦، أبواب الشهادات إلا أنه ليس فيه ذكر "الزاني والزانية"، وابن ماجه ٧٩٢/٢، وانظر: التلخيص ١٩٨/٤، ونصب الراية ٨٣/٤، والارواء ٢٨٣/٨.

(١٠) ورد في جميع النسخ "والمعول في هذا أن العدل هو من يحتاج إلى تقديم أهل" وهذا أنه لا أصل له فحذف من الصلب.

أقسام المعاصي واختلاف العلماء فيها وتفسير الكبيرة

وهو أن المعاصي تنقسم إلى كبائر، وصغائر، قال الله تعالى: ﴿**إن تجتنبوا كبائر ماتنهون عنه**﴾[١] وقال: ﴿**والذين يجتنبون كبائر الإثم والفواحش**﴾[٢] قال الإمام: من أئمتنا من يقول: لا صغيرة في الذنوب وهو اختيار الإستاذ أبي إسحاق.

والظاهر المشهور الأول[٣]، ثم اختلفت الصحابة فَمَنْ بعدهم في الكبائر، وفي الفرق بينها، وبين الصغائر، وللأصحاب في تفسير الكبيرة وجوهٌ:

أحدها: أنها المعصية[٤] الموجبة للحد.

والثاني: أنها التي يلحق صاحبها الوعيد الشديد، بنص كتاب أو سنة.

وهذان الوجهان[٥] أكثر مايوجد لهم، وهم إلى ترجيح الأول أميل، ولكن الثاني أوفق لما ذكروه عند تفصيل الكبائر.

والثالث: قال الإمام في "الإرشاد"[٦] وغيره كل جريمة تُؤْذِنُ بقلة[٧] اكتراث مرتكبها بالدين، ورقة الديانة، فهي مبطلة للعدالة.

والرابع: ذكر القاضي أبوسعد الهروي: أن الكبيرة كل فعل نصَّ الكتاب على تحريمه، وكل معصية توجب في جنسها حداً، من حبس[٨] أو غيره، وترك فريضة مأموريها على الفور، والكذب في الشهادة والرواية، واليمين، هذا ماذكروه على سبيل الضبط.

وفصل القاضي الروياني فقال: الكبائر سبع، قتل النفس بغير الحق، والزنا، واللواط، وشرب الخمر، والسرقة وأخذ المال غصباً، والقذف، وشرب كل مسكر

---

(١) سورة النساء، من آية ٣١.

(٢) سورة النجم، من آية ٣٢.

(٣) انظر: الروضة ٢١٢/١١، ومغني المحتاج ٤٢٧/٤.

(٤) في: ز "إنَّ" ومن قوله: "وفي الفرق ... إنها المعصية" ليست في: ظ.

(٥) "هذان الوجهان" ليست في: ب، ظ.

(٦) "الإرشاد في الكلام" لمؤلفه أبي المعالي الجويني، المشهور بإمام الحرمين المتوفى سنة ٤٧٨. انظر: كشف الظنون ٦٨/١.

(٧) في: ظ "توجد بقلة ثواب".

(٨) في: ز "من قتل أو غيره".

مُلحق[١] بشرب الخمر، ولا فرق بين الخمر في القدر المسكر، واليسير الذي لايسكر. قال القاضي[٢] أبوسعد: وفي اليسير[٣] من غير الخمر، خلاف، إذا كان الرجل شافعياً، وشرط في غصب المال أن يبلغ ربع دينارٍ[٤]، وضم في "الشامل" إلى السبع المذكورة، شهادة الزور، وأضاف إليها صاحب "العدة" أكل الربا، والإفطار في رمضان بلاعذر، واليمين الفاجرة، وقطع الرحم، وعقوق الوالدين، والفرار من الزحف، وأكل مال اليتيم، والخيانة في الكيل والوزن، وتقديم الصلاة على وقتها، وتأخيرها عن وقتها بلا عذر، وضرر المسلم بغير حق، والكذب على النبي ﷺ عمداً، أو سب أصحابه، وكتمان الشهادة بلا عذر[٥]، وأخذ الرشوة، والدياثة، والقيادة[٦] بين الرجال والنساء، والسعاية عند السلطان، ومنع الزكاة، وترك الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر مع القدرة، ونسيان القرآن بعد تعلمه، وإحراق الحيوان بالنار، وامتناع المرأة من زوجها بلا سبب، واليأس من رحمة الله تعالى، والأمن من مكره، ويقال: الوقيعة في أهل العلم، وحملة القرآن، ومما يُعَدُّ من[٧] الكبائر الظهار، وأكل لحم الخنزير، والميتة من غير ضرورة، وللتوقف مجال في بعض هذه الخصال، كقطع الرحم وترك الأمر بالمعروف على إطلاقها، وكنسيان[٨] القرآن، وإحراق مطلق الحيوان بالنار، وقد أشار صاحب الكتاب في "الإحياء"[٩] إلى مثل هذا التوقف، وفي "التهذيب" حكاية وجه: إن ترك الصلاة الواحدة إلى أن يخرج وقتها، ليس بكبيرة، وإنما ترد الشهادة به، إذا اعتاده.

قال في "العدة" ومن الصغائر: النظر بالعين إلى مالايجوز والغيبة، والضحك من

---

(١) في: ب، ظ "يلحق".

(٢) "القاضي" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: ب، ظ "وفي الشرب".

(٤) في: ب، ظ "أن يبلغ ديناراً".

(٥) من "وضرر المسلم ... الشهادة بلا عذر" ليست في: ب، ظ.

(٦) "القيادة" بمعنى الطاعة والإذعان، و"انقاد" فلان للأمر وأعطى "القياد" إذا أذعن طوعاً أو كرهاً ... "وانقاد" "انقياداً" في المطاعة ورجل "قوّاد" في الدياثة. ذكره في المصباح ٢/٥١٨.

(٧) في: ز "في".

(٨) في: ب، ظ "ونسيان".

(٩) أي إحياء علوم الدين ٤/٢٣.

غير عجب، والكذب الذي لاحدَّ فيه، ولا ضرر، والإطلاع على بيوت النـاس، وهجـرة المسلم فوق ثلاث، وكثرة الخصومات، وإن كان الشخص محقاً، والسكوت على الغيبـة، والنياحة، والصياح، وشق الجيب في المصيبات، والتبختر في المشيء، والجلوس مع الفساق إيناساً لهم، والصلاة المكروهة في الأوقات المنهية، والبيـع والشـراء في المسـجد، وإدخـال الصغار والمجانين، والنجاسات في[1] المسجد، وإمامة القوم وهم له كارهون لعيب فيه[2]، والعبث في الصلاة، والضحك فيها، وتخطى رقاب الناس يـوم الجمعـة، والكـلام والإمـام يخطب، والتغوط في مستقبل القبلة وفي طريق المسلمين، وكشف العورة في الحمام.

ولك أن تتوقف في كثرة خصومـات المحق، وتقـول: مـاينبغي أن يكـون معصيـة أصلاً، إذا راعى حـدَّ الشـرع، وفي تخطـي رقـاب النـاس يـوم الجمعـة، فإنـه معـدودٌ مـن المكروهات، دون المحرمات، وكذا الكلام، والإمام يخطب على الأصح[3].

ما يعتـبر في العدالة

إذا تقرر ذلك: قال[4] الأصحاب: يعتبر في العدالة الإجتنـاب عـن الكبـائر، فمـن ارتكب كبيرة، فسق، وردت شهادته. وأما الصغائر فقليلاً مايسلم الإنسـان منهـا، حتـى اشتهر في الخبر "مامنًا إلا من عصى، أو همَّ بمعصيـة، إلا يحيـى بـن زكريـا /صلـوات الله (٥٠٠/ز) وسلامه عليهما"[5] فلا يشترط تجنبها بالكلية، لكن الشرط أن لايصـر عليهـا، فـإن أصـر

---

(١) "في" ليست في: ب، ظ.

(٢) في: ب، ظ "كارهون له لعيب به".

(٣) انظر: الروضة ٢٢٤/١١، ومغني المحتاج ٤٢٧/٤، ونهاية المحتاج ٢٧٨/٨.

(٤) من هنا بدأت معنا نسخة أ.

(٥) الحديث أخرجه أحمد في مسنده ٤٦٨/٤، تحقيق شعيب الأرنؤوط. عن ابن عباس مرفوعـاً بلفـظ "مامن أحد من الناس إلا وقـد أخطـأ، أو هـمَّ بخطيئـة، ليـس يحيـى بـن زكريـا" بتحقيـق شـعيب الأرنؤوط وجماعة وقالوا: "إسناده ضعيف، لضعف على بن زيد بن جدعـان، ولـين يوسـف بـن مهران".
وأخرجه الحاكم ٦٤٧/٢، من كتاب تواريخ المتقدمين من الأنبيـاء والمرسـلين، وأخرجـه الحـاكم ٦٤٧/٢، من كتاب تواريخ المتقدمين من الأنبياء والمرسلين. ذكر يحيى بن زكريا نبي الله عليهما الصلاة والسلام.
وقـد ضعفـه النـووي في "تهذيـب الأسمـاء واللغـات ١٥٢/٢، وكذلـك ابـن حجـر في التلخيـص ١٩٩/٤.

كان الإصرار كارتكاب[١] الكبيرة، وما الإصرار السالب للعدالة، أهو المداومة على نوع من الصغائر أم الإكثار من الصغائر، سواء كانت من نوع واحد، أو من أنواع مختلفة؟ منهم من يُفْهِم كلامه الأول، ومنهم من يفهم كلامُهُ الثاني، ويوافقه قول الجمهور أن من تغلب طاعاته معاصيه، كان عدلاً، ومن[٢] تغلب معاصيه طاعاته، كان مردود الشهادة. الإصرار السالب للعدالة

ولفظ الشافعي في "المختصر"[٣] قريب من هذا. وإذا قلنا: به لم تضر المداومة على نوع واحد من الصغائر إذا غلبت[٤] الطاعات، وعلى الاحتمال الأول[٥] تضر، وقوله: في الكتاب: "لاتقبل شهادته" أعلم بالحاء، لأن في "النهاية" أن أبا حنيفة[٦]: يقبل شهادة الفاسق الذي يغلب على الظن احترازه عن الكذب. وقوله: وأما الإلمام بكذبه، أو غيبة إلى آخره" فيه مع بيان الحكم، وهو أن ارتكاب الصغيرة لاتبطل العدالة إشارة إلى سببه، وهو أن الإنسان غالباً، لايخلو عن الإبتلاء بالصغائر، ويقدم عليها أحياناً لفترة تقع، وشهوة تغلب فلا يدل ذلك على قلة الديانة، والمبالاة سيما، إذا كان المقدم عليها[٧] نادماً خائفاً، بخلاف الكبيرة، فإنها عظيمة الوقع، وارتكابها مشعر[٨] بقلة المبالاة، فأسقط الثقة بقول مرتكبها.

[فصل في حكم اللعب بالشطرنج ونحو ذلك من الألعاب الغير مباحة]

(قال [الغزالي]: واللعب بالشطرنج[٩]، والحمام، وسماع الغناء، والرقص،

---

(١) قوله "ومنهم من يفهم كلامه الأول" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) "من" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: أ، ب "قريب منه".

(٤) في: أ "غلب".

(٥) "الأول" ليست في: ب، ظ.

(٦) انظر: الهداية ١٢٤/٣.

(٧) "عليها" ليست في: ز.

(٨) في: أ "يشعر".

(٩) "الشِّطْرَنجُ" كلمة فارسية معربة، مأخوذة من المشاطرة وهي المقاسمة، لأن كلاً من الطرفين له شطر مايستحقه من اللعبة وهو النصيب.

=

ونظم الشعر الذي لاهجو فيه، ولا فحش، ولا تشبيب[١] بامرأة معينة، وسماع الدُّف، وإن كان فيه جلاجل، وكذا سماع الطبل إلا طبل المخنثين، كل ذلك ليس بحرام، ولكن المواظبة عليها قد تُخْرم المرؤة في حق بعض الناس، فيقدح.

وأما "النرد"[٢]، وسماع الأوتار، والمعازف، والمزمار العراقي وماهو من شعار الشرب، ونظم الهجو، وإنشاده، ولبس الحرير، والجلوس عليه، والتختم بالذهب، كل ذلك حرام، ولكن لاترد الشهادة بالمرة الواحدة بل بالإصرار إلا في البلدة التي[٣] يعظم عندهم سماع الأوتار، فالإقدام مرة يشعر بالإنحلال ولا[٤] يخلو الإنسان عن كذبة، وغيبة، ونميمة[٥]، ولعن، وسفاهة في غضب فلا ترد[٦] شهادته بسببها، إلا عند الإصرار).

في الفصل مسائل: إحداها: اللعب بالشطرنج مكروه لما روي عن على كرم ا لله وجهه: "أنه[٧] مرّ بقوم يلعبون به، فقال: ماهذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون"[٨].

= وآلة هذه اللعبة فصوص، من نحو عظم، أو خشب فيها نقط تطرح على لوح فيه بيوت لكل نقطة بيت يعرف بها كيفية اللعبة.

انظر: لسان العرب ٣٠٨/٢، والمصباح ٣١٢/١.

(١) "التشبيب" تزيينه وترقيق أوله بذكر النساء "وشبَّب" الشاعر بفلانة "تشبيباً" قال فيها الغزل وعرض بحبها.

انظر: لسان العرب ٤٨١/١، والمصباح ٣٢/١.

(٢) "النرد" و"النرد شير" وهو كلمة أعجمية معرفة وهي لعبة معروفة. وضعها ازدبشيربابك. ولهذا يقال له: "النردشير". انظر: القاموس المحيط ٣٤١/١، والمصباح ٥٩٩/٢، صحيح مسلم بشرح النووي ١٥/١٥، وللتعرف على صورتها كاملة ينظر: النظم المستعذب بذيل المهذب ٤١٦/٢.

(٣) "التي" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: أ "وليس يخلو".

(٥) في: ب، ظ "عن غيبة وكذبة".

(٦) في: أ "فترد".

(٧) "أنه" ليست في: أ.

(٨) خبر علي رضي ا لله عنه أخرجه البيهقي ٣٥٨/١٠، كتاب الشهادات، باب اللعب بالشطرنج. وقال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٦/٤ "حديث علي ... ابن أبي الدنيا في ذم الملاهي من طريق ميسرة بن حبيب عنه، ورواه البيهقي وله طرق عنده، وألفاظ مختلفة ..." وانظر البدر المنير ٤٤٧/٢.

=

ولأنه صرف للعمر إلى مالا يجدي، وفيما عُلّق عن الإمام. وجهٌ: أنه مباحٌ، لاكراهة فيه. والصحيح إثبات الكراهة، إلا أنه ليس بمحرم[١].

ورُوِيَ اللعب به عن ابن الزبير[٢]، وأبي هريرة[٣] رضي الله عنهما.

وعن سعيد بن جبير[٤]: أنه كان يلعب به استدباراً[٥]

وعن أبي حنيفة ومالك، أن اللعب بالشطرنج حرام[٦]، وإليه ميل الحليمي ، واختاره القاضي الروياني.

= وقال عنه الألباني "وجملة القول: أن هذا الأثر لايثبت عن علي"
انظر: إرواء الغليل ٢٨٨/٨، والآية مقتبسة من سورة الأنبياء، بعض من آية ٥٢.

(١) المذهب أنه مكروه، وليس بمحرم إذ لم يشرط فيه مال من الجانبين. انظر: المختصر ص ٣١٠، والحاوي ١٩١/٢١، والمهذب ٤١٥/٢ "لأنه لعب لاينتفع به في أمر الدين ولا حاجة تدعو إليه، فكان تركه أولى، ولا يحرم".
وانظر: الروضة ٢٢٥/١١، وشرح الجلال المحلى ٣١٩/٤.

(٢) هو: عبد الله بن الزبير بن العوام القرشي الأسدي، أبوبكر، كان أول مولود في الإسلام بالمدينة المنورة، ولي الخلافة تسع سنين إلى أن قتل في ذي الحجة سنة ٧٣هـ. انظر: التقريب ٣٠٣/١.

(٣) في: أ "ابن أبي هريرة".

(٤) هو: سعيد بن جبير بن هشام الأسدي. أبوعبد الله الكوفي التابعي الجليل، كان ثقة، فقيها، فاضلاً. قتله الحجاج، وهو صابر محتسب سنة ٩٥هـ وهو ابن ٤٩ سنة رحمه الله رحمة واسعة. انظر: تهذيب التهذيب ١١/٤، ١٢.

(٥) ما أثر عن سعيد بن جبير: أخرجه البيهقي ٣٥٧/١٠، كتاب الشهادات، باب الاختلاف في اللعب بالشطرنج.
انظر: البدر المنير ٤٤٧/٢، والتلخيص ٢٠٦/٤.
وقوله: "يلعب به استدباراً" قال في النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ٤١٦/٢ "الاستدبار خلاف الاستقبال، أي يجعله خلف ظهره".
وأما خبر ابن الزبير وأبي هريرة رضي الله عنهما. فقد قال في البدر المنير ٤٤٧/٢ "غريب عنهما".
وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٦/٤ "أما ابن الزبير، فلم أره، وأما أبوهريرة فرواه أبوبكر الصولي في كتابه الشطرنج بسنده إليه".
وانظر: البيهقي ٣٥٧/١٠ و ٣٥٨، كتاب الشهادات، باب اللعب بالشطرنج.

(٦) انظر: فتح القدير ٤٨٤/٦، ومختصر خليل ص ٢٦٣، ومواهب الجليل ١٥٣/٦، وكذلك الحنابلة قالوا بتحريمه، لأنه في حكم النرد. انظر: المغني ١٥٥/١٤.

وإذا قلنا: بظاهر المذهب، فلو اقترن به قمارٌ[١] أو فحشٌ في الكلام، أو اخراج صلاة عن الوقت عمداً، رُدّت شهادته بتلك القرينة، وإنما تحصل حقيقة[٢] القمار، إذا شرط المال من[٣] الجانبين، وكان كل واحد[٤] منهما، بين أن يغلب فيغنم، أو يغلب فيغرم، أما إذا أخرج[٥] أحدهما شيئاً، ليبدله إن غلب، ويمسكه إن غلب، فليس[٦] بقمار، ولم ترد به الشهادة، لكنه[٧] عقد مسابقة فيما ليس من آلات القتال، فلا[٨] يصح. ولو لم تخرج الصلاة عن الوقت عمداً، لكن[٩] شغله اللعب به حتى خرج الوقت، وهو غافل، فإن لم يتكرر منه ذلك لم ترد شهادته، وإن كثر وتكرر فسق، وردت شهادته بخلاف ما إذا تركها مراراً ناسياً، لأنه شغل نفسه هاهنا بما فات به الصلاة، هكذا ذكروه، وفيه إشكال لما فيه من تعصية الغافل اللاهي[١٠] ثم قياسه الطرد في شَغْلِ النفس بسائر المباحات، وأشار القاضي الروياني إلى وجه أنه يفسق مطلقاً تكرر أو لم يتكرر.

وفي "المهذب" اشتراط التكرار[١١] في إخراجها عن الوقت[١٢]، وإن كان ذلك مع العلم، وهو خلاف ماقدمنا أن إخراج الفريضة عن الوقت عمداً من الكبائر، وعبَّر الأستاذ أبوإسحاق الاسفرايني عن سلامته عن القرائن الفاسدة، بأن قال: وقد سئل

---

(١) القمار، قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة ٥/٢٦ "القمار من المقامرة ... وذلك أن المقامر يزيد ماله وينقص، ولا يبقى على حال".
وقال في القاموس الفقهي ٣٠٨، "القمار كل لعب فيه مراهنة".

(٢) "حقيقة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) في: أ "في".

(٤) "واحد" ليست في: ز.

(٥) في: أ "خرج".

(٦) في: أ، ب، ظ "لم يكن قماراً".

(٧) في: أ "لكني"، وب ، ظ "ولكن".

(٨) في: ب، ظ "ولا".

(٩) ليست في: ب، ظ.

(١٠) في: ب، ظ "واللاّهي".

(١١) في: ز "التكرر".

(١٢) انظر: المهذب ٢/٤١٦.

عن اللعب بالشطرنج إذا سلم المال عن الخسران، والصلاةُ عن النسيان، واللسان عن البهتان، أرى ذلك أُنْسَاً بين الخِلاَّن، حكاه القاضي الروياني في "جمع الجوامع" ورأيته بخط والدي[١]، منسوباً إلى "الصعلوكي"[٢].

وأما النرد ففي اللعب به وجهان:

حكم اللعب بالنرد

أحدهما: أنه كاللعب بالشطرنج لكن الكراهية فيه أشد. ويحكى[٣] هذا عن ابن خيران[٤]، وأبي إسحاق المروزي، والإسفراييني. وهو ظاهر إيراده في "الأم"[٥] وأختاره القاضي أبوالطيب.

وأصحهما[٦]: التحريم، وبه قال ابن أبي هريرة وابن القاص، لما روي: أنه ﷺ قال: من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله"[٧] وروي "من لعب بالنردشير، فكأنما غمس يده في لحم الخنزير"[٨]، وفَرَّقَ بينه وبين الشطرنج في شدة الكراهية على الوجه

---

(١) سبقت ترجمته ص ٦٧؟

(٢) هو سهل بن الإمام أبي سهل الصعلوكي. أبوالطيب، كان فقيهاً أديباً مفتي نيسابور في زمانه. مناقبه كثيرة، نقل عنه الرافعي، توفي سنة ٤٠٤هـ.
انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٣٩٣/٤، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١٢٢.

(٣) في: ز "ذلك".

(٤) هو: علي بن محمد بن خيران البغوي، أبوالحسن، صاحب "اللطيف" دون "التنبيه" حجماً، كثير الأبواب جداً. نقل فيه كتاب الشهادات عن الشيخ أبي علي بن خيران الكبير. لم يذكر له تاريخ وفاة رحمه الله.
انظر: طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١١٢، وكشف الظنون ١٥٥٥/٢.

(٥) انظر: الأم ٢٠٨/٦.

(٦) انظر: الحاوي ٢٠٢/٢١، والمهذب ٤١٦/٢، والروضة ٢٢٦/١١، وشرح الجلال المحلى ٣١٩/٤، ومغني المحتاج ٤٢٨/٤.

(٧) الحديث: أخرجه مالك في الموطأ ٩٥٨/٢، كتاب الرؤيا، باب ماجاء في النرد، وأحمد في المسند ٣٩٤/٤، وأبوداود في سننه ٢٨٥/٤، كتاب الأدب، باب النهي عن اللعب بالنرد، وابن ماجه في سننه ٣٢٦/٢، أبواب الأدب، باب اللعب بالنرد. والبيهقي ٣٦٢/١٠، كتاب الشهادات، باب كراهية اللعب بالنرد ...".
وانظر: البدر المنير ٤٤٠/٢، والتلخيص ١٩٩/٤، والإرواء ٢٨٤/٨.

(٨) الحديث أخرجه أحمد في المسند ٣٥٢/٥، وأخرجه مسلم بشرح النووي ١٥/١٥، كتاب الشعر، باب تحريم اللعب بالنردشير.

=

الأول. وفي التحريم على الثاني: بأن التعويل في النرد على ماتخرجه الكعبتان، فهو كالأزلام[١]، وفي الشطرنج يُبنى الأمر على الفكر والتأمل، وأنه ينفع في تدابير الحرب، وعلى الثاني: فقد حكى الإمام عن الشيخ أبي محمد: أنه من الصغائر. قال: والصحيح أنه من الكبائر.

حكم اللعب بالحزَّة والقرَق ومعناهما

فرع: قال في "الأم"[٢] "وأكره اللعب بالحَزَّةِ، والقَرَق، والكلام في تفسيرهما ثم في الحكم: أما التفسير فالحزَّةِ: قطعة من خشب يحفر فيها حفر[٣] في ثلاثة أسطر، ويجعل في الحفر حصى صغار، يلعب بها، وقد تسمى الأربعة عشر[٤]

والقرق أن يخط على الأرض خطاً[٥] مربعاً، ويجعل في وسطه خطان، كالصليب، ويجعل على رؤوس الخط، حصى صغار يلعب بها.

واللفظة فيما رأيت بخط القاضي الروياني: بفتح القاف، والراء، وبعضهم[٦] قيد يقرف: بكسر القاف، وتسكين الراء، ولم أجدها في كتب[٧] اللغة[٨] بهذا المعنى، نعم: في الصحاح أن القرق بكسر الراء المكان المستوي، ومعلوم أن الخط للعب يقع غالباً[٩] في المكان المستوي، فيمكن أن يكون ما نحن فيه من هذا، وأن يكون اللفظ كما ذكره. والله أعلم.

وأبوداود في سننه ٤/٢٨٥، كتاب الأدب، باب النهي عن اللعب بالنرد.

وانظر: البدر المنير ٢/٤٤٠، والتلخيص ٤/١٩٩، والارواء ٨/٢٨٦.

(١) الأزلام: هي السهام التي كانت العرب يستقسمون بها في الجاهلية. انظر: القاموس المحيط ٤/١٢٥، والمصباح ١/٢٥٥.

(٢) انظر: الأم ٦/٢٠٨.

(٣) في: أ، ب، ظ "فيها حفر".

(٤) "والأربعة عشر" "وهي قطعة من خشب يحفر فيها ثلاثة أسطر فيجعل في تلك الحفر حصى صغار يلعبون بها" نقله صاحب النظم المستعذب بذيل المهذب ٢/٤١٦.

(٥) في: ز "على الأرض مربع".

(٦) في: ز "وقيد بعضهم".

(٧) في: أ "كتاب".

(٨) وانظر: القاموس المحيط ٣/٢٧٩، والمصباح ٢/٥٠٠.

(٩) في: ب، ظ "غالباً يقع".

وأما الحكم ففي "الشـامل" أن اللعب بهما كـاللعب بـالنرد، وفي "تعليـق" أبـي حامد: أنه كالشطرنج، ويشبه أن يقال: مـا يعتمـد فيـه علـى إخـراج الكعبتـين[١]، فهـو كالنرد، وما يعتمد فيه على الفكر فهو كالشطرنج.

حكم اللعب بالحمام واتخاذه للبيض ونحو ذلك

الثانية: اتخاذ الحمام للبيض، والفرخ والأُنـس[٢] بهـا، ولحمـل الكتـب جـائز بـلا كراهة. وأما اللعب بهـا بالتطيير، والمسابقة، ففيـه وجـه: أن حكمـه كذلـك، لأن فيـه تعليمها، وترشيحها، لإنهاء الأخيار.

والظاهر: أنه مكروه كالشطرنج[٣]، وهذه الفائدة تتعلق بتطييرهـا دون المسـابقة، واللعب بها، ثم لاترد الشهادة بمجرده، فإن انضم إليه قمارٌ وما في معناه رُدّتْ الشـهادة، وقال مالك[٤] وأبوحنيفة[٥] ترد الشهادة بمجرده.

الثالثة: غناء الإنسان: إما أن يفرد[٦] بمجرد صوته، أو بآلة من آلات الغناء.

أما القسم الأول: فهو مكروه، وسماعه مكروه أيضاً[٧]، وليسا بمحرمين.

أما أنهما مكروهان[٨]: فلقوله تعالى **﴿ومن الناس من يشتري لهـو الحديـث﴾**[٩] قال ابن مسعود[١٠] رضـي ا لله عنـه هـو الغنـاء[١١]، وروي أنـه ﷺ قـال: "الغنـاء ينبـت

---

(١) "الكَعْبة": فصوص النرد. وهي لعبة تسمى اليوم الزهرة، عبارة عن قطعة معكبة يبـين علـى كـل وجه منها نقاط تمثل رقماً.
انظر: القاموس المحيط ١٢٤/١، والمغني ١٥٥/١٤، والقاموس الفقهي ص ٣١٩.

(٢) في: ب، ظ "للأنس".

(٣) انظـر: الحـاوي ١٩٥/٢١ و ١٩٦، والمهـذب ٤١٦/٢، والروضـة ٢٢٦/١١، ونهايـة المحتـاج ٢٨٠/٨.

(٤) انظر: مواهب الجليل ١٥٣/٦.

(٥) انظر: فتح القدير ٤٨١/٦.

(٦) في: أ، ب، ظ "يفرض".

(٧) "أيضاً" ليست في أ، ب، ظ.

(٨) في: ز "مكروه أيضاً".

(٩) سورة لقمان من آية ٦.

(١٠) هو عبدا لله بن مسعود الهـذلي، أبوعبـد الرحمـن مـن السـابقين الأولـين، ومـن كبـار العلمـاء مـن الصحابة، مناقبة جمة، وأمره عمر رضي ا لله عنه على الكوفة، مات سنة ٣٢هـ.
انظر: التقريب ٤٥٠/١.

(١١) حديث ابن مسعود: رواه ابن أبي شيبة ٣٦٨/٤، والحاكم ٤٤٦/٢، حديث ٣٥٤٢، كتاب

=

النفاق في القلب، كما ينبت الماء البقل"[١].

وأما أنهما ليسا بمحرمين، فلأن عائشة رضي الله عنها قالت: "دخل أبوبكر رضي الله عنه، وعندي جاريتان من جواري الأنصار تغنيان بما تقاولت الأنصار يوم بعاث[٢] فليستا بمغنيتين. فقال: أمزامير الشيطان في بيت رسول الله ﷺ ، وذلك في يوم عيد، فقال: يا أبا بكر لكل قوم عيدٌ، وهذا عيدنا"[٣].

ويروى أن عمر رضي الله عنه كان إذا خلا في داره تَرَنَّمَ بالبيت والبيتين[٤]

وعن عثمان رضي الله عنه: أن جارية له كانت تغني بالليل، فإذا جاء وقت السحر، قال: أمسكي فهذا وقت الاستغفار"[٥].

وحيث ثبتت الكراهة، فالسماع من الأجنبية، أشد كراهية[٦].

= تفسير سورة لقمان، والبيهقي ٣٧٧/١٠، كتاب الشهادات، باب الرجل يغني.
وانظر: تفسير ابن كثير ٤٤٢/٣، والتلخيص ٢٠٠/٤.

(١) الحديث أخرجه "أبوداود في سننه ٢٨٢/٤، كتاب الأدب، باب كراهية الغناء والزمر، لكنه من غير التشبيه". وعبد الرزاق في المصنف ٤,/١١,وانظر: البدر المنير ٤٤٠/٢، والتلخيص ١٩٩/٤.

(٢) يوم بُعاثُ: بضم أوله، وعين مهملة، مكان في ضواحي المدينة على ليلتين على الرواحل: كانت به وقائع بين الأوس والخزرج، وكان الضفر" للأوس ويقال: إنه بين المبعث والهجرة. انظر: معجم البلدان ٤٥١/١، لسان العرب ١١٧/١، والمصباح المنير ٥٢/١، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٨٢/٦.

(٣) حديث عائشة متفق على صحته.
أخرجه البخاري في صحيحه ٣/٢، كتاب العيدين، باب الدعاء في العيد امزامير الشيطان.
ومسلم بشرح النووي ١٨٢/٦، كتاب صلاة العيدين، باب الرخصة في اللعب يوم العيد.

(٤) أثر عمر رضي الله عنه قال عنه البدر المنير ٤٤٧/٢ و ٤٤٨، "غريب".
قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٠/٤، "ذكره المبرد في الكامل في قصة، وذكره البيهقي في المعرفة عن عمر وغيره، ورواه المعافي النهرواني في كتاب الجليس والأنيس، وابن مندة في المعرفة في ترجمة أسلم الحادي في قصة، وروى أبو القاسم الأصبهاني في الترغيب شيئاً من ذلك في قصة".

(٥) أثر عثمان رضي الله عنه: قال عنه في البدر المنير ٤٤٨/٢ "غريب عنه. مشهور في كتب الفقه". وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٦/٤. "لم أجده موصولاً".

(٦) الصحيح أنه ليس بعورة عند الشافعية – وإن كان يكره –. انظر: الوجيز ١١٨/١، فتح العزيز مع المجموع ٢٦٣/٧، والروضة ٧٣/٣.

وحكى القاضي أبوالطيب: تحريمه، وهذا هو الخلاف الذي سبق في أن صوتها، هل هو عورة[١]؟ فإن كان في السماع منها خوف فتنة حرم، لا محالة، وكذا السماع من صبي يخاف منه الفتنة، هذا هو المذهب المشهور في الغناء وسماعه[٢].

وحكى أبوالفرج الزازوراءه وجهين، أحدهما: أنه يحرم كثيره دون قليله.

وثانيهما: أنه حرام على الإطلاق.

الحداء وحكم سماعه وتحسين الصوت لقراءة القرآن

والحُداءُ[٣] وسماعه مباحان، لما فيه من إيقاظ النّوام، وتنشيط الإبل للسير، وقد روى أنه ﷺ قال: لعبد الله بن رواحة[٤] رضي الله عنه: حَرِّك بالقوم، فاندفع يرتجز[٥].

وتحسين الصوت لقراءة القرآن جائز، بل مندوب إليه.

وروى أنه ﷺ قال: زينوا القرآن بأصواتكم[٦] وسمع رسول الله ﷺ عبدالله بن قيس[٧]: يقرأ، فقال: "لقد أوتي هذا مزماراً من مزامير آل داود"[٨] وقال ﷺ : "ليس

---

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٤٩، والمهذب ٢/٤١٧، والروضة ١١/٢٢٧، ومغني المحتاج ٤/٤٢٨.

(٢) والصحيح الأول. كما ذكره النووي. انظر الروضة ١١/٢٢٧.

(٣) الحُداء: من الحدو. وهو سوق الإبل، وهو غناء لها من رجز غيره. لما فيه من تنشيطها وإيقظ النوم. انظر: القاموس ٤/٣١٦، والمصباح المنير ١/١٢٥.

(٤) عبد الله بن رواحة بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي، صحابي جليل شهد بدراً والعقبة، وهو أحد النقباء، وأحد الأمراء في غزوة موته وبها قتل رضي الله عنه سنة ٨هـ.

(٥) حديث أنه ﷺ أنه قال لعبد الله بن رواحة. قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/٢٠٠ "النسائي من حديث قيس بن أبي حازم عن عمر بن الخطاب، ورواه أيضاً من حديث قيس عن ابن رواحة مرسلاً". وانظر: البدر المنير ٢/٤٤١.

(٦) الحديث: "زينوا ..." أخرجه ابوداود في سننه ٢/٧٤، حديث (١٤٦٨) كتاب الصلاة، باب استحباب الترتيل في القراءة، والنسائي ٢/١٧٩ و ١٨٠، تزين القرآن بالصوت، وابن ماجه ١/٤٢٦ كتاب اقامة الصلاة، باب حسن الصوت بالقرآن.
وانظر: البدر المنير ٢/٤٤٢، والتلخيص ٤/٢٠٠ و ٢٠١.

(٧) بن سليم ... أبوموسى الأشعري. قدم المدينة بعد هجرة الحبشة مع جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه. كان حسن الصوت بالقرآن. وأحد القضاة المشهورين. مناقبه كثيرة توفي سنة ٤٢هـ على قول له ٦٣ سنة. انظر: تهذيب التهذيب ٥/٣١٧ و ٣١٨.

(٨) الحديث متفق عليه. أخرجه البخاري ٦/١١٢، كتاب فضائل القرآن، باب حسن الصوت بالقراءة. ومسلم بشرح النووي ٦/٨٠، استحباب تحسين الصوت بالقرآن.
انظر: التلخيص ٤/٢٠١.

منا من لم يتغن بالقرآن"[١] وحمله الشافعي[٢] على تحسين الصوت دون الاستغناء به، وتحسين الصوت للقرآن بالترتيل، وهو التأني في التلاوة، وبالحدر[٣]، والتحزين[٤]، قال أبوالفرج الزاز: والحدر أن يرفع الصوت مرة ويخفضه أخرى. والتحزين: أن يليّن الصوت.

وأما القراءة بالألحان، فقد قال في "المختصر" لابأس بها.

وعن رواية الربيع بن سليمان[٥] الجيزي: إنها مكروهة، وليس في هذا اختلاف قول عند عامة الأصحاب، ولكن موضع الكراهة: أن يفرط في المد، وفي إشباع الحركات، حتى يتولد من الفتحة، ألفٌ، ومن الضمة، واوٌ، ومن الكسرة، ياءٌ أو يدغم في غير موضع الإدغام، فإن لم ينته إلى هذا الحد، فلا كراهة.

وفي "أمالي" أبي الفرج: وجهٌ أنه لا كراهة، وإن أفرط[٦] احتجاجاً بمطلق قوله صلى الله عليه وسلم "ليس منا من لم يتغنَّ بالقرآن".

القسم الثاني[٧]: أن يغني ببعض آلات الغناء، فما هو من شعار شاربي الخمر،

---

(١) حديث "ليس منا ..." أخرجه البخاري ٢٠٩/٨، كتاب التوحيد، باب قول الله: ﴿وأسروا قولكم ...﴾ والتلخيص ٢٠١/٤.

(٢) انظر: المختصر ٣١١.

(٣) الحدر: "من حدر الشئ يحدره أي حطّه من علو إلى أسفل. ومنه سميت القراءة السريعة: الحدر، لأن صاحبها يحدرها حدراً. انظر: لسان العرب كتاب الراء مع الحاء.

(٤) والتحزين: من الحزن، وهو ترقيق الصوت. يقال فلان يقرأ بالتحزين إذا رقّ صوته، لسان العرب كتاب النون.

(٥) هو: الربيع بن سليمان بن داود الأزدي الجيزي، أبومحمد، صحب الشافعي قليلاً، لاذكر له في كتب الشافعي إلا في موضعين. أحدهما: هذه الرواية، كراهة القرآن بالألحان، والثاني: أن الشعر يطهر بالدباغ تبعاً للجلد". توفي في ذي الحجة سنة (٢٥٦هـ). انظر: طبقات الشافعية للاسنوي ٢٦/١، وانظر طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٦٤/١.

(٦) قال النووي: "قلت: الصحيح أنه إذا أفرط على المذكور فهو حرام". الروضة ٢٢٧/١١، وكذلك صرح صاحب الحاوي ٢١٤/٢١ "بالتحريم".

(٧) "القسم" ليست في: أ، ب، ظ.

وهو مطرب، كالطُّنْبور[١]، والعود، والصنج[٢]، وسائر المعازف، والأوتار، فيحرم الاستماع إليه، واستعماله. قال ابن عباس في قوله تعالى: ﴿**ومن الناس من يشتري لهو الحديث**﴾[٣] إنه الملاهي[٤].

وفي اليراع[٥]: وجهان: أحدهما: أنه حرام كالمزمار[٦]

والثاني: المنع، لأنه ينشط على السير في الأسفار، ويروى أن داود عليه السلام كان يضربه في أغنامه[٧] وعن الصحابة الترخيص فيه.

والأصح: الأول عند صاحب "التهذيب" والثاني[٨] عند صاحب الكتاب، وهو الأقرب[٩]وليس المراد، من اليراع، كل قصب، بل المزمار العراقي، وما يضرب به[١٠] مع الأوتار حرام، بلا خلاف. وأما الدُّف[١١]: فضربه مباح في الأملاك، والختان.

---

(١) "الطُّنْبُورُ" بضم أوله. والطنبار معرب أصله دُنْبة يَرَّهُ شُبِّه بأَلْية الجمل. انظر: القاموس المحيط ٧٩/٢، والنظم المستعذب في شرح غريب المهذب مع المهذب ٤١٨/٢، ومغني المحتاج ٤٢٩/٤.

(٢) "الصَنج" بفتح أوله. وهو صفر يجعل عليه أوتار يضرب بها أو قطعتان من صفر تضرب إحداهما بالأخرى. انظر: نهاية المحتاج ٢٨١/٨.

(٣) الحديث أخرجه البيهقي ٣٧٧/١٠، كتاب الشهادات، باب الرجل يغني فيتخذ الغناء إلا أنه رواه بلفظ "هو الغناء وأشباهه".
قال في البدر المنير ٤٤٧/٢ "قلت: رواه البيهقي بإسناد حسن"، وانظر: التلخيص ٢٠٠/٤.

(٤) والملاهي: هي آلات اللهو – من لها – يلهو لهواً أي لعب. انظر: المصباح المنير ٥٥٩/٢.

(٥) اليَرَاع: بفتح أوله: وزان كلام. القصب الواحدة "يَراعَةٌ" قاله في المصباح المنير ٦٨٠/٢.
وقال في نهاية المحتاج ٢٨١/٨ "وهي الشبابة سميت بذلك لخلو جوفها، ومن ثم قالوا لرجل لاقلب له، رجل يراع".

(٦) وهو الأصح. انظر: الروضة ٢٢٨/١١، ونهاية المحتاج ٢٨١/٨، ومغني المحتاج ٤٢٩/٤.

(٧) خبر "أن داود عليه الصلاة والسلام كان يضربه" قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠١/٤ "لم أجده".

(٨) "الثاني" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) قال النووي: "قلت، الأصح، أو الصحيح تحريم اليراع وهو هذه الزمارة التي يقال لها الشبابة". الروضة ٢٢٨/١١. وانظر: مغني المحتاج ٤٢٩/٤.

(١٠) "به" ليست في: ز.

(١١) الدُّف: الذي يلعب به. بضم الدال، والجمع "دفوف". ذكره في المصباح ١٩٦/١.

روى أنه ﷺ قال : «اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال»[١] . يريد الدُّفَ .

وعن عـمـر - رضي الله عنه - أنه كـان إذا سـمع الدُّف بعث ، فـإن كـان في النكاح والختان ، سكت ، وإن كان في غيرهما عمل بالدرة»[٢] .

وأما الإملاك والختان : ففي «المهذب»[٣] و«التهذيب» وغيرهما :

إطلاق القول : بأنه حرام ، ويدل عليه أثر عمر - رضي الله عنه- .

ومنهم من أطلق حلَّه ، وعلى

---

١) - الحديث : أخرجه الترمذي ٢/ ٢٧٦- أبواب النكاح - باب مـاجاء في إعلان النكاح . بلفظ «اعلنوا هذا النكاح ، واجعلوه في المساجد ، واضربوا عليه الدُّف . »

وقال : هذا حديث حسن غريب في هذا الباب ، وعيسى بن ميمون الأنصاري يضعف في الحديث» .

وأخرجه ابن ماجه ١/ ٦١١- أبواب النكاح- باب إعلان النكاح .

وقال في الزوائد : في إسناده خالد بن إلياس أبوالهيثم العدوي اتفقوا على ضعفه ، بل نسبه ابن حبان ، والحاكم ، وأبوسعيد النقاش إلى الوضع . » .

وأخرجه النسائي ٦/ ١٠٤ - النكاح- باب إعلان النكاح .

وانظر : خلاصة البدر المنير ٢/ ٤٤٢ . والتلخيص ٤/ ٢٠١ .

٢) - أثر عمر - رضي الله عنه - أخرجه عبدالرزاق في مصنفه ١١/ ٥ . باب الغناء والدف . بلفظ «وإن كان في غيرهما عمل بالدرة» .

وابن أبي شيبة في مصنفه ٣/ ٤٩٥ - كتاب النكاح - باب ماقالوا في اللهو ، وفي ضرب الدف في العرس .

وانظر : خلاصة البدر المنير ٢/ ٤٤٨- والتلخيص ٤/ ٢٠١ .

٣) - انظر : المهذب ٢/ ٤١٨ .

ذلك جرى الإمام وصاحب الكتاب، وقد يحتج[١] له بما روي "أنَّ امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: إني نذرت أن أضرب بالدُّف بين يديك، إن رجعتَ من سفرك سالماً، فقال ﷺ: أوفي بنذرك"[٢].

وأيضاً فقد يراد إظهار السرور لسائر الأسباب الحادثة، كما يراد للأملاك، والختان، وحيث قلنا: بالحل، فذلك إذا لم يكن فيه جلاجل.

فإن[٣] كان، فوجهان: أشبههما: الحل أيضاً، وبه أجاب صاحب الكتاب هاهنا[٤]، وفي "الإحياء"[٥] ولا يحرم ضرب الطبول، إلا الطبل الذي يسمى الكُوبة[٦]، فإنه حرام، لما روى أنه ﷺ قال: إن الله حرم على أمتي الخمر، والميسر، والكُوبة في أشياء عدها"[٧].

والكوبة: الطبل الطويل المتسع الطرفين، الضيق الوسط، قال الإمام: وليس فيه من جهة المعنى مايميزه عن سائر الطبول إلا أن[٨] المخنثين يعتادون ضربه، ويولعون به،

---

(١) في أ، ب "ورجح" وهو خطأ.

(٢) الحديث: أخرجه أبوداود ٣/٢٣٧ - من كتاب الأيمان والنذور - باب مايؤمر به من الوفاء بالنذر - بلفظ "إني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف".
وقال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/٢٠٢ "حديث: أن امرأة أتت ... الخ" أحمد والترمذي وابن حبان والبيهقي من حديث بريدة، وسياق أحمد أتمُّ وفي الباب عن عبد الله بن عمرو رواه أبوداود، وعن عائشة رواه الفاكهي في تاريخ مكة بسند حسن".
وانظر: البدر المنير ٢/٤٤٢.

(٣) في: أ، ب "وإن".

(٤) انظر: الوجيز ٢/٢٤٩. وكذلك انظر: الروضة ١١/٢٢٨، ومغني المحتاج ٤/٤٢٩.

(٥) انظر: الأحياء ٢/٢٩٧.

(٦) الكوبة: قال في نهاية المحتاج ٨/٢٨٢ "بضم أوله، وهي طبل طويل ضيق الوسط، واسع الطرفين". وانظر: المصباح ٢/٥٤٣، حيث قال "وهي الطبل الصغير المحصَّر - معرب".

(٧) الحديث أخرجه أحمد في المسند ٢/١٦٥.
وأخرجه أبوداود ٣/٣٢٨ - الأشربة - باب النهي عن المسكر.
وأخرجه البيهقي ١٠/٣٦٠.
وانظر: البدر المنير ٢/٤٣٣، والتلخيص ٤/٢٠٢.

(٨) في أ : "الآن".

قال: والطبول التي تهيأ[(١)] لملاعب الصبيان إن لم تلحق بالطبول الكبار، فهي كالدف، وليست كالكوبة بحال، والضرب بالصفاقتين حرام، كذلك ذكره الشيخ أبومحمد وغيره، فإنه من عادة المخنثين، وتوقف الإمام فيه، لأنه لم يرد فيه خير، بخلاف الكوبة.

وفي ضرب القصب[(٢)] على الوسائد[(٣)]، وجهان: الذي أورده العراقيون: أنه مكروه غير محرم، لأنه لايفرد عن الغناء، ولا يطرب[(٤)] وحده، بخلاف الآلات[(٥)] المطربة، وأشار صاحب "التهذيب" إلى ترجيح التحريم[(٦)]، والرقص غير محرم فإنه مجرد حركات على استقامة، ومشهور أن النبي ﷺ وقف لعائشة رضي الله عنها: يسترها حتى تنظر[(٧)] إلى الحبشة، وهم يلعبون، ويَزْفُنون"[(٨)].

والزفن: هو الرقص. نعم. قال الحليمي: الرقص الذي فيه تكسرٌ، وتَثَنٍّ ويشبه أفعال المخنثين، حرام على الرجال[(٩)]، والنساء.

[فصل في إنشاء الشعر وإنشاده]

الرابعة: إنشاء الشِّعْرِ في الجملة، وإنشاده، والاستماعُ إليه جائز، وكيف لا، وكان للنبي ﷺ: شعراء، يصغي إليهم، منهم حسان بن ثابت، وعبد الله بن رواحة

---

(١) "تهيأ" ليست في أ.

(٢) "القصب" كل نبات يكون ساقه أنابيت وكعوباً، يعمل منه المزامير ويسقف به البيوت. انظر: المصباح ٥٠٤/٢.

(٣) في: ب، ظ "الوسائط".

(٤) في: ز "يضرب".

(٥) في: أ "آلات".

(٦) وهذا تبعاً لما ذهب إليه الماوردي في "الحاوي" ٢٠٧/٢١، وأبوإسحاق في المهذب ٤١٧/٢، والمذهب على خلاف ذلك.
انظر: إحياء علوم الدين ٢٩٧/٢، والوجيز ٢٤٩/٢، والروضة ٢٢٩/١١، ومغني المحتاج ٤٢٩/٤.

(٧) في: ز "نظرت".

(٨) الحديث متفق عليه. أخرجه البخاري ٣/٢، كتاب العيدين، باب الدعاء في العيد، ومسلم بشرح النووي ١٨٤/٦، العيدين، باب الرخصة في اللعب يوم العيد.

(٩) انظر ذلك في: الروضة ٢٢٩/١١، ونهاية المحتاج ٢٨٣/٨.

رضي الله عنهما[(١)]، واستنشد الشريد[(٢)] شعر أمية بن أبي الصلت[(٣)]، واستمع إليه[(٤)]. وفي حفظ دواوين العرب، أبلغ معونةٍ على درك أحكام الكتاب، والسنة، ومعانيهما. وقال الشافعي: "الشعر كلام فحسنة كحسنة، وقبيحة كقبيحة"[(٥)] وفضله على الكلام أنه سائر"[(٦)]. فإن[(٧)] هجا الشاعر في شعره بما هو صادق فيه، أو كاذب ردت شهادته، كذلك قال القاضي الروياني: وليس إثم حاكي الهجو كإثم منشِئِه[(٨)]، ويشبه أن يكون التعريض هجواً كالتصريح، وقد يزيد بعض[(٩)] التعريض على التصريح، وقال: القاضي

---

(١) وغيرهما، ككعب بن مالك رضي الله عنه وغيره. "ولأنه وفد عليه الشعراء ومدحوه ﷺ، وجاءه كعب بن زهير، وأنشده:

بانت سعاد فقلبي اليوم متبول   متيم عندها لم يغد مكبول

(٢) هو: الشُّرَيْد بن سويد الثقفي، صحابي سكن الطائف، والمدينة، له أحاديث منها هذا الحديث. رواه مسلم وغيره عن طريق عمرو بن الشريد عن أبيه.

وقد شهد بيعة الرضوان. انظر: الإصابة ١٤٨/٢، والاستيعاب ١٦٣/٢، والتقريب ٣٥٠/١.

(٣) أمية بن أبي الصلت بن أبي ربيعة - الثقفي - شاعر جاهلي، حكيم، من أهل الطائف، قدم دمشق قبل الإسلام، وكان مطلعاً على الكتب القديمة، وهو ممن حرموا على أنفسهم الخمر، ونبذوا عبادة الأوثان، وقدم إلى مكة، وسمع من رسول الله آيات من القرآن. و لم يسلم أقام بالطائف إلى أن مات، وأخباره كثيرة، وشعره معروف.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٢٦/١،

(٤) الحديث "واستنشد الشريد ... واستمع إليه". أخرجه أحمد في المسند ٣٨٨/٤، ومسلم في كتاب الشعر، بلفظ في آخر الحديث "أن كاد أمية ليسلم"، وابن ماجة ٣٢٥/٢، في الآداب، باب الشعر. وانظر: البدر المنير ٤٤٢/٢، والتلخيص ٢٠٢/٤ و ٢٠٣.

(٥) وقال الشافعي: الشعر كلام .... قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٣/٤ "هو كما قال، وقد روي مرفوعاً أخرجه الدارقطني من حديث عائشة، وفيه عبد العظيم بن حبيب وهو ضعيف". انظر: الدارقطني ١٥٥/٤ و ١٥٦، خبر الواحد يوجب العمل.

وانظر: البيهقي ٤٠١/١٠، كتاب الشهادات، باب شهادة الشعراء.

(٦) وقوله "وفضله على الكلام أنه سائر" أي باق سائر. بخلاف الكلام. انظر: المختصر ٣١١، والحاوي ٢١٩/٢١، وسنن البيهقي ٤٠١/١٠.

(٧) في: أ، ب، ظ "وإن".

(٨) "نعم لو كان المهجو معروفاً. قال الأذرعي: فيظهر أن إثم الحاكي أعظم من إثم المنشيء إذا كان قد سمعه منه سراً فأذاعه، وهتك به ستر المهجو" ورد بهامش العزيز رقم (١) ١٣/١٧.

(٩) في: ز " مضض" وهو خطأ.

ابن كج[١]: لايكون التعريض هجواً[٢]، وكذلك[٣] ترد شهادة الشاعر إذا كان يفحش، أو يشبب بامرأة، بعينها، لما فيه من الإيذاء، والإشهار والقذف إن صرح، فإن[٤] كان صادقاً في أنه فعل كذا فلفسقه بما أخبر عنه أيضاً، وكذلك[٥] ترد شهادته لو كان يصف الأعضاء الباطنة لما فيه من هتك الستر، فإن كانت التي شبب[٦] بها جاريته، أو زوجته فمن الأصحاب من قال: بأنه يجوز، ولا ترد شهادته، وهذا القائل يقول: لو لم تكن المرأة مُعينة، لاترد شهادته[٧]، لجواز أن يريد من تحل له، ومنهم من قال: ترد شهادته، إذا كان يذكر زوجته أو جاريته[٨] بما حقه الإخفاء، لأنه ساقط[٩] المروءة وهذا هو الحق على ما سيأتي في "فصل المروءة"[١٠]. ولو كان يشيب بغلام، ويذكر أنه يعشقه. قال القاضي الروياني: يفسق، وإن لم يعين، لإن النظر بالشهوة إلى الذكور حرامٌ بكل حال، وفي "التهذيب" وغيره اعتبار التعيين في الغلام، كما في المرأة. وإذا كان يمدح الناس، ويُطْري نظر: إن أمكن حمله على ضرب مبالغةٍ فهو جائز، ألا ترى أن رسول الله ﷺ قال لفاطمة بنت[١١] قيس: أما معاوية، فصعلوك، لامال له، وأما أبوجهم[١٢]،

---

(١) "ابن كج" ليست في: ب، ظ.

(٢) "محل تحريم الهجاء: إذا كان لمسلم، فإن كان لكافر، أي غير معصوم، جاز ...". انظر: المصدر السابق، ومغني المحتاج ٤/٤٣٠.

(٣) في: ب، ظ "ولذلك".

(٤) في: أ، ب، ظ "وإن".

(٥) في: ظ "ولذلك".

(٦) في: أ "شب".

(٧) انظر: الحاوي ٢١/٢٢٦، الروضة ١١/٢٢٩، ومغني المحتاج ٤/٤٣١. وهو الصحيح.

(٨) في: أ، ب، ظ "جاريته، أو زوجته"

(٩) في: أ "ساقطة".

(١٠) انظر: ص ٥٣١.

(١١) هي فاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية من المهاجرات الأول، كانت ذات جمال وعقل، وكانت عند أبي بكر بن حفص، فطلقها. فتزوجت بعده أسامة بن زيد بإشارة النبي صلى الله عليه وسلم وقصتها مشهورة. انظر: الإصابة ٤/٣٨٤.

(١٢) هو: أبوجهم بن حذيفة بن غانم بن عامر القرشي العدوي يقال: إن اسمه عامر، وقيل عبيد، أسلم يوم الفتح، وصحب النبي صلى الله عليه وسلم وكان مقدماً في قريش ومعظماً. وكان عالمًا بالنسب، وكان من المعمرين.
انظر: الإصابة ٤/٣٥ و ٣٦، والاستيعاب ٤/٣٢.

فلا يضع عصاه عن عاتقه"[١] ومعلوم أنه كان يضع كثيراً، وإن لم يكن حمله على المبالغة، وكان كذباً محضاً، فهل هو كسائر أنواع الكذب؟ قال عامة الأصحاب. وهو ظاهر كلام الشافعي[٢]، نعم، إذا[٣] أكثر منه ردت شهادته، كما إذا أكثر الكذب في غير الشعر.

وعن القفال، والصيدلاني: إنه[٤] لايلتحق بالكذب، لأن الكاذب يرى الكذب صدقاً، ويُرَوِجْهُ. وليس غرض الشاعر أن يَصْدُقَ في شعره، وإنما هو صناعة، وعلى هذا فلا فرق بين القليل والكثير، وهذا حسن بالغ، وينبغي أن يقال: على قياسه: إن التشبيب بالنساء والغلمان من غير تعيين، لايخِلُّ بالعدالة، وإن أكثر منه، لأن التشبيب فنٌ وغرض الشاعر إظهار الصنعة في هذا الفن، لاتحقيق المذكور. وكذلك[٥] ينبغي أن يكون الحكم[٦] لو سمي امرأة لايدري من هي[٧].

[فصل في تحريم لبس الحرير على الرجال والجلوس عليه والتحلي بالذهب]

الخامسة: القول: في تحريم لبس الحرير على الرجال[٨]، وتحريم الجلوس عليه، والتحلي بالذهب، قد سبق في صلاة الخوف[٩]، والعيدين[١٠]، والزكاة[١١] فلا نعيده،

---

(١) الحديث أخرجه مسلم ١٠/٩٦، كتاب الطلاق، باب المطلقة البائن لانفقة لها. وأخرجه ابوداود ٢/٢٨٦، كتاب الطلاق، باب في نفقة المبتوتة، وأخرجه غيره.
انظر: تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج ٢/٤٣٠.

(٢) انظر: المختصر ص ٣١١.

(٣) في: أ، ب، ز "حتى إذا".

(٤) "أنه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: أ "لذلك".

(٦) في: ز "كما لو".

(٧) في: ز "من هو" . وانظر: الروضة ١١/٢٢٩، ومغني المحتاج ٤/٤٣١.

(٨) "الرجال" ليست في أ، ب، ظ.

(٩) انظر: العزيز شرح الوجيز ٢/٣٤٤، والوجيز ١/٦٩، والروضة ١١/٦٦ و ٦٧.

(١٠) انظر: الوجيز ١/٦٩، والعزيز ٢/٣٥٧.

(١١) انظر: الوجيز ١/٩٤، والعزيز ٣/٩٨ و ٩٩.

بقي في الفصل بَعْدَ هذه المسائل كلامان.

أحدهما: ما حكمنا بإباحته في هذه الصورة، يقتضي الإكثار منه ردَّ الشهادة، لكونه خارماً للمروءة، فمن داوم[١] على اللعب بالشطرنج والحمام، ردت شهادته، وإن لم يقترن به مايوجب التحريم، لما فيه من ترك المروءة، وكذلك[٢] من داوم على سماع الغناء، أو على الغناء، وكان يأتي الناس، ويأتيه الناس لذلك[٣]. وكذا لو اتخذ غلاماً، أو جارية، ليغنيا للناس، وكذا المداومة على الرقص، وضرب الدف، فإن الإكثار من جميع ذلك إعراض عن الجدِّ، ودخولٌ في زمرة الهازلين، الذين تسوء[٤] بهم الظنون ولا يوثق بقولهم، وكذا إنشاء / الشعر، وإنشاده، إذا أكثر منه فترك به مُهِمَّاتِهِ، كان خارقاً (٥٠٣/ز) حجاب المروءة، ذكره الإمام. قال: وكذا لو كان الشاعر، يكتسب بشعره.

والمرجح في المداومة، والإكثار إلى العادة، ويختلف الأمر فيه بعادات النواحي، والبلاد، ويُسْتَقْبح قدر، من شخص لايستقبح من غيره، وللأمكنة تأثير فيه أيضاً. واللعب[٥] بالشطرنج في الخلوة مراراً، لايكون كاللعب به مرة في السوق على ملأٍ من الناس.

وقد ينساق هذا إلى أن يقال: لما استمرت العادة. بأن الشاعر يكتسب بشعره[٦] وصنعة[٧] الغناء المباح حرفة، ومكتسباً، فالإشتغال به، ممن يليق بحاله لايكون تركاً للمروءة.

وكلام الأصحاب محمول على من لايليق بحاله، وقد رأيت[٨] ماذكرتُه في الشاعر يكتسب بشعره، لابن القاص[٩]. والله أعلم.

---

(١) في: أ "داو".
(٢) في: أ، ب "وكذا".
(٣) في: ز "كذلك".
(٤) في: أ، ب، ظ "تشوبهم".
(٥) في: أ، ب، ظ "فاللعب".
(٦) من قوله : "والمرجع في المداومة ... بأن الشاعر يكتسب بشعره" ليست في: ج.
(٧) في: أ، ب، ظ "وعهد صنعة".
(٨) في: أ "رأيته".
(٩) في: أ، ب "لأبي".

وقوله "وقد[١] يخرم المروءة في حق بعض الناس" فيه إشارة إلى ماذكرنا.

والثاني: ما حكمنا بتحريمه في هذه المسائل: كالنرد، وسماع الأوتار، ولبس الحرير، والجلوس عليه، فهو من الكبائر حتى تُرد الشهادة بالمرة الواحدة، أو من الصغائر، حتى يُعْتَبر المداومة والإكثار منه[٢]. فيه[٣] وجهان: يميل كلام الإمام: إلى ترجيح أولهما، والأشبه[٤] الثاني. وهو المذكور في "التهذيب" وغيره، وزاد الإمام شيئاً آخر. فقال: لِيُنْظر[٥] أولا، إلى عادة القطر، والناحية، فحيث يستعظمون النرد، وسماع الأوتار، ترد الشهادة بالمرة الواحدة لأن الإقدام في مثل تلك الناحية لايكون، إلا من جسورٍ منحل عن ريقة المروءة، فتسقط الثقة بقوله، وحيث لايستعظمون، لايكون مطلق الإقدام مشعراً بترك المبالاة، وسقوط المروءة، فحينئذٍ يقع النظر في أنه من الصغائر أو الكبائر، وهذا ماعناه صاحب الكتاب بقوله: "إلا في البلد[٦] الذي[٧] يعظم عندهم" إلى آخره فترد شهادته، وإن لم يفسق، وقوله "في أول الفصل[٨]، و"اللعب بالشطرنج" ليعلم الشطرنج"[٩]، بالحاء، والميم، والواو، والحمام، بالحاء والميم، وسماع الغناء بالواو، وكذا قوله: وإن كان فيه جلاجل، وكذا لفظ النرد، والمعازف، هي الملاهي، والعازف الذي يلعب بها[١٠] ويغني.

يقال: عزف عزفاً، واسم المعازف، يشمل الأوتار والمزامير.

---

(١) "قد" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) هكذا في جميع النسخ. وفي الروضة ٢٣٠/١١. "هل هو من الكبائر، فترد الشهادة بمرة أم من الصغائر، فتعتبر المداومة والإكثار؟.

(٣) "فيه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) انظر: الروضة ٢٣٠/١١، ونهاية المحتاج ٢٨٣/٨.

(٥) في: أ "فلينظر".

(٦) في: أ، ب، ظ "البلدة".

(٧) في: أ "التي" وهي ليست في: ب، ظ.

(٨) "الفصل" ليست في: أ.

(٩) في: "بالشطرنج".

(١٠) في: أ "وهي الملاهي التي يلعب بها ويعين".

وقوله: "وماهو من شعار الشرب" الشرب جمع شارب كصاحب وصحب. ويمكن أن يقرأ بضم الشين: أي شِعار شُرب الخمر.

وقوله: "ولكن لاترد الشهادة بالمرة الواحدة" معلم بالواو، وقوله "وليس يخلو الانسان عن كذبة إلى آخره" محض تكرار، وقد ذُكِر في الفصل السابق[١] مايفيد معناه.

[فصل في حكم الخمر]

(قال [الغزالي]: والنص أن الحنفي إذا شَرِبَ النبيذ حُدَّ، وقُبِلتْ شهادتُه. وفيه وجهٌ أنه لايحد، ووجهٌ، أنه لاتُقْبل شهادتهُ).

[قال الرافعي]: الخمر العنبيَّة[٢] التي لم يَشُبْهَا ماء، ولا طُبِخَتْ بنارٍ مُحرمة بالإجماع، ومن شربها عالماً[٣] بحالها فهو محدود، مردود الشهادة، سواءً شرب قدراً يُسكِرُ[٤]، أو قدراً لايسكر. قال: أصحابنا العراقيون: وكذلك حكم بائعها، ومشتريها في رد الشهادة، ولا ترد الشهادة، باتخاذها وإمساكها، لجواز[٥] أن يقصد بها[٦] التخلل، أو التخليل[٧].

والمطبوخ من عصير العنب المختلف في تحريمه، وسائر الأنبذة إن شَرِبَ منها القدر المُسكِر، يُحَد، وتردُّ شهادته أيضاً، وإن شرب منها القليل، فإما أن يعتقد إباحته كالحنفي[٨]، أو يعتقد تحريمه.

أما الأول: ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه لايحد لشبهة اختلاف العلماء، ولاترد شهادته لأنه لم يرتكب مايعتقده محظوراً حتى يسقط الوثوق بقوله[٩].

---

(١) انظر: ص ٤٦٥ و ٤٦٦.
(٢) في: أ: "العتبية".
(٣) في: أ، ب، ظ "عامداً".
(٤) في: أ "قدر السكر".
(٥) في: أ "بجواز". وليس في: ب، ظ.
(٦) في: ب، ظ "إن قصد به".
(٧) انظر: الحاوي ٢١/١٩٩، والروضة ١١/٢٣١.
(٨) انظر: الهداية ٤/١١١ و ١١٢.
(٩) "بقوله" ليست في: ب، ظ.

والثاني: وبه قال مالك[1] أنه يُحَدُّ، وتُردُّ شهادته، وأما الحدُّ فلقوة أدلة التحريم، والحاجة إلى الزَّجْر، وأما ردُّ الشهادة، فلأنه شرب مايُسكِرُ فترد شهادتُهُ، كما لو سكر.

وثالثها: وبه قال أحمد[2]: أنه يحدُّ، ولا ترد شهادته، وهو الأظهر عند عامة الأصحاب[3]، واستبعده المزني[4]. فقال: الحد أعظم من رد الشهادة فكيف يحد، ولا ترد شهادته. قيل: هذا ذهاب منه إلى أنه ترد شهادته كما يحد، وقيل: بل إلى أنه لايحد، كما لاترد شهادته. وأجاب الأصحاب: بأن الحد إلى الإمام، فاعتبر فيه اعتقاده، ورد الشهادة يعتمِدُ عقيدَة الشاهد، ولهذا لو غصب جارية، ووطئها على اعتقاد أنه يزني، ثم تبين أنها كانت مملوكته، يفسق، وترد شهادته.

ولو وطئ جارية الغير على ظن أنها جاريته، لا ترد شهادته، وأيضاً، فإن الحد للزجر، وشرب النبيذ يحتاج إلى الزجر، ورد الشهادة لسقوط الثقة بقول الشاهد، فإذا لم يعتقد التحريم، لم تسقط الثقة. ~~وأما إذا كان الشارب ممن يعتقد تحريمه، لم تسقط الثقة،~~ وأما إذا كان الشارب ممن يعتقد تحريمه، فإن قلنا: يحد معتقد الحل، فهذا أولى، وإن قلنا: لايحد فوجهان[5]: أظهرهما: المنع، أيضاً لشبهة الاختلاف، وأما رد الشهادة فإن رددناها هناك، فهاهنا أولى. وإن لم نردها. فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأن استحلال الشيء أشدُّ[6] من فعله، وإذا[7] لم ترد شهادة مستحل الشرب، فشهادة الشارب أولى، وعلى هذا فإنما نحكم بالفسق ورد الشهادة اذا ارتكب مجمعاً على تحريمه.

---

(١) انظر: مختصر خليل ص ٢٩١.

(٢) انظر: المقنع ص ٣٤٧.

(٣) "وهو الأصح المنصوص" ذكره في الروضة ٢٣١/١١.

(٤) انظر: المختصر ص ٣١٠، والحاوي ١٩٩/٢١ و ٢٠٠.

(٥) في: ز "فهاهنا".

(٦) في: أ "ليس" وهو خطأ.

(٧) في: أ، ب، ظ "وإن".

الثاني: أنها تـرد، لإنـه إذا ارتكـب[١] مـايعتقده محظـوراً، لم تؤمـن جرأتـه علـى شـهادة الـزور، وسـائر المحظـورات. والأظهـر: مـن الوجهـين الأول عنـد ابـن الصبـاغ، وصاحب "المهذب"[٢] ويحكى عن ابن أبي هريرة.

والثاني: عنـد القـاضيين أبي الطيـب، والرويـاني، وغيرهمـا، ويحكـى عـن أبي إسحاق، وهو الذي أورده الإمـام، ويوافقـه مـاحكى الرويـاني في "جمـع الجوامـع" عـن القفال: أن من نكح بـلا وليّ وَوَطـأ، لاتـرد شـهادته، إن اعتقـد الحِـلَّ، وتُـرد إن اعتقـد التحريم، وعلى هذا قياس سائر المجتهدات، لكن قـد حكـى عـن نـصِّ الشـافعي: أنـه[٣] لاترد شهادة المستحل لنكاح[٤] المتعـة والمفـتي بـه، والعـامل بـه" ونقـل أبـو الفيـاض[٥]: مثله[٦] في "تتمة الجامع الصغير" لأبي حامد القاضي، والفرق في الحد، حيث أوجبنـاه في شـرب النبيـذ علـى الظـاهر، ولم نوجبـه بالوطـأ[٧] في النكـاح بـلا ولي. مذكـور في النكاح[٨]. وقوله: في الكتاب "إذا شـرب النبيـذ" يعـني القـدر الـذي لايسـكر، فأمـا إذا شرب ما أسكره، فإنه يفسق[٩] بلاخلاف.

---

(١) في: ب، ظ "إذا لم يرتكب".

(٢) انظر: المهذب ٢/٤١٧.

(٣) "أنه لا" ليست في: أ.

(٤) في: أ "النكاح". وانظر: الأم ٦/٢٠٦.

(٥) هو: محمد بن الحسن بن المنتصر المصري - درس بـالبصرة، وعنـه أخـذ فقهاؤهـا. لـه مصنفـات منها: "اللاحق بالجامع الصغير" وهو المسمى هنا. لم يُذْكر له تاريخ وفاة رحمه الله.
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٦٣ و ١٦٤.

(٦) قال النووي في الروضة ١١/٢٣٢ "قال ابن الصباغ. قال في "الأم": إذا أخذ من النثار في الفـرح لا ترد شهادته، لأن من الناس من يحل له ذلك، وأنا أكرهه. قال في "الأم" ومن ثبت أنـه يحضـر الدعوة بغير دعـاء مـن غـير ضـرورة، ولا يسـتحل صـاحب الطعـام، وتكـرر ذلـك منـه، ردت شهادته، لأنه يأكل محرماً إذا كانت الدعوة دعوة رجل من الرعية، وإن كانت دعوة سلطان، أو من يتشبه بالسلطان، فهذا طعام عام، فلا تأثير به قال ابن الصباغ: وإنما اشترط تكرر ذلك، لأنه قد يكون له شبهة حتى يمنعه صاحب الطعام، فإذا تكرر، صار دناءة، وقلة مروءة" أ.هـ.

(٧) في: أ، ب، ظ "في الوطيء بالنكاح".

(٨) انظر: الوجيز ٢/٥، والعزيز على الوجيز ٧/٥٣٢، والروضة ٧/٥١.

(٩) في: أ، ب، ظ "ما أسكره فسق". وانظر: الحاوي ٢١/١٩٩.

وأَعْلِمْ قوله: "وقبلت شهادته" بالميم. وقوله: "لايحد" بـالألف، لما عرفتـه. وا لله أعلم.

(قال [الغزالي]: الوصف الثاني: المروءة فمـن يركتـب مالايليق بأمثالـه، مـن المباحات، بحيث يُسخرُ بـه كالفقيـه، يلبـس القبـاء والقُلَنْسَـوة، ويـأكل، ويبـول في السوق، أو أكبَّ على اللعب بالشطرنج، أو الحمام، أو الرقص، أو الغنـاء[١]، فكـل ذلك يدل على خَبَلٍ في عقله[٢]، أو قلة مبالاة فيه، فتسـقط الثقـة بقولـه، فـلا تقبـل شهادته، ويختلف ذلـك بالأشـخاص والأحـوال، والصحيـح أن شـهادة الكَنَّـاس[٣]، والحجام، والدباغ[٤] والحائك وذوي الحرف الخسيسة[٥] مقبولة، إذا كان ذلك مـن صنعة آبائهم، فأما إذا اختار ذلك[٦] من لايليق بـه، فيـدل[٧] علـى خبـلٍ في العقـل، ويَخْرُمُ المروءة).

[قال الرافعي]: ألأشهر، والأحسن من اصطلاح الأصحاب إخراج المـروءة عـن حد العدالة، وعدُّ[٨] المروءِة صفةً برأسها، وعلى ذلـك جـرى في الكتـاب، ومنهـم مـن يُدْرِجُ المروءة في العدالة، وكذلك الصفات السابقة، وهي التكليف، والإسلام، والحرية، ويقول: العدل: هو الذي تعتدلُ أحوالهُ ديناً ومروءةً، وأحكاماً[٩].

والاعتـدال[١٠] في الديـن: أن يكـون مسـلماً عفيفـاً، وفي المـروءة مايُبينـه هـذا

---

(١) في: أ ، ب، ظ "و".

(٢) في: ب "في عقل وقله"

(٣) في: أ "الكتان".

(٤) في: أ ، ب، ظ "الكناس، والدباغ، والحجام".

(٥) "الخسيسة" ليست في: ز.

(٦) في: أ، ب، ظ "فأما اختيار ذلك مما".

(٧) في: أ، ب، ظ "يدل".

(٨) في: ز "حد".

(٩) في: ز "وأحكامها".

(١٠) في: أ، ب، ظ "فالاعتدال".

الفصل، وفي الأحكام: أن لايكون ناقص الحكم بصباً[١]، أو جنونٍ، أو رقٍ ، والفقه أن[٢] لا تقبل شهادة من لا مروءة له، لأن طرح المروءة، إما أن يكون لخبلٍ، أو نقصانٍ، أو لقلة مبالاة، وحياء[٣]، وعلى التقديرين، تبطل الثقة، والاعتماد بقوله: أما المُخبَّلُ فظاهرٌ، وأما من لا حياء له، فلأن من لاحياء له يصنع ماشاء، على ماورد في معناه في الحديث[٤]. وفي ضبط المروءة عبارات متقاربة، قيل: صاحب المروءة: هو الذي يَصُون نفسه عن الأدناس، ولا يشينها عند الناس. وقيل: الذي يتحرز عما يُسْخَر منه ويُضْحَك به، وقيل الذي يسير، بسيرة أمثاله في زمانه، ومكانه.

فمن ترك المروءة لِبْسُ مالايليق بأمثاله، كما إذا لبس الفقيه القَبَاء[٥]، والقَلَنْسَوة[٦]، وتردد فيهما[٧] في البلاد التي لم تجر عادة الفقهاء فيها بلبْسِ هذا النوع من الثياب، وكما إذا لبس التاجرُ ثوب الجمَّالين، أو تعمم الجمال[٨]، أو تَطَيْلَس[٩]، وركب البغلة الثمينة، يطوف[١٠] في الأسواق، ويتخذ نفسه ضحكة. ومنه المشي في الأسواق[١١] مكشوف الرأس، والبدن، إذا لم يكن الشخص ممن يليق به مثله، وكذا مدُّ

---

(١) في: أ، ب، ظ "لصبي أو مجنون".

(٢) في: أ، ب، ظ "إنه".

(٣) في: أ، ب "أوحياء".

(٤) "كأنه يشير بذلك إلى قوله ﷺ "... إذا لم تستحي فاصنع ماشئت".
أخرجه البخاري ١٥٢/٤، كتاب الأنبياء، باب حدثنا أبواليمان. وفي ١٠٠/٧، كتاب الأدب، باب إذا لم تستح فاصنع ماشئت" وغيره.
وانظر: البدر المنير ٤٤١/٢، والتلخيص ٢٠٠/٤.

(٥) القباء "واحدة "أقبية" وهو بفتح القاف والياء، ممدود من الثياب: الذي يلبس مشتق من ذلك لاجتماع أطرافه". لسان العرب، حرف القاف، ٢٧/١١، والمصباح ٤٨٩/٢.

(٦) "والقلنسوة" واحدة "قلانس" بفتح القاف واللام وسكون النون، لباس يوضع على الرؤوس، معروف".
انظر: لسان العرب حرف القاف ٢٧٩/١١، المصباح ٥١٣/٢، وانظر: نهاية المحتاج ٢٨٤/٨.

(٧) في: ج "فيها".

(٨) في: أ "الحمالين"

(٩) في: أ "أوتطلس". وفي: ز "وتطيلس".

(١٠) في: ب، ظ "ويطوف".

(١١) من قوله "ويتخذ نفسه ... في الأسواق" ليست في: ظ.

الرجلين في مجالس الناس، ومنه الأكل في السوق، والشرب من سقايات السوق، إلا أن يكون الشخص سُوقياً، أو شرب لغلبة عطش[1]. ومنه أن يُقبِّلُ[2] زوجته أو جاريته بين يدي الناس، أو[3] يخرج عن حسن العشرة مع الأهل والجيران، والمعاملين، ويضايق في اليسير، الذي لايستقْضَى فيه، ومنه الإكباب على اللعب بالشطرنج، والحمام، والغناء على ماسبق، ومنه أن يبتذل الرجل المعتبر، بنقل الماء، والأطعمة إلى بيته، إذا كان ذلك عن شحٍ وضِنَّةٍ[4]، وإن كان عن استكانة[5]، واقتداءٍ بالسلف التاركين للتكلف، لم يقدح ذلك في المروءة، وكذا لو كان يلبس مايجد ويأكل حيث يجد لتقلله، وبراءته من التكلفات العادية وهذا يعرف بتناسب حال الشخص في الأعمال، والأخلاق، وظهور مخآيل الصدق، وفيما[6] يديه، وقد يؤثر فيه الزي واللِّبْسَة، وأهل الحرف الدنيئة، كالحجام والكنَّاس، والدباغ، والقيِّم في الحمام، والحارس والنَّخَّال، والإسكاف[7]. قال صاحب "التهذيب" وغيره "في شهاداتهم، وجهان: أحدهما: أنها لاتقبل لأن اشتغالهم بهذه الحرف ورضاهم بها يشعر بالخسة، وقلة المروءة.

وأصحهما: القبول[8] لأنها حرف مباحة، والناس محتاجون إليها، فلو[9] رددنا شهادتهم[10] لم يؤمن أن يتركوها، فيعُمَّ الضرر.

[فصل: في الحياكة]

وفي الحاكة طريقان: أحدهما: القطع بالقبول، واختاره القفال: توجهاً بأن محل

---

(١) في: ز "العطش".
(٢) في: أ "أن يقبل الرجل".
(٣) في: ب "و".
(٤) "ضنة" بالكسر. "بخل" فهو "ضنين" المصباح ٣٦٥/٢.
(٥) "إستكانة" استكن. إذا خضع، وذلَّ، وتزاد الألف فيقال: "استكان". المصباح ٢٨٣/١.
(٦) في: أ "وبما". وفي: ب، ظ "ولا".
(٧) في: أ، ب، ظ "قال صاحب التهذيب" وغيره: الإسكاف، والقصاب.
(٨) انظر: الروضة ٢٣٣/١١، ونهاية المحتاج ٢٨٤/٨.
(٩) في: أ، ب، ظ "ولو".
(١٠) في: ز "شهاداتهم".

عملهم، ماهو[1] محل عمل الخياط، إلا أن هذا منسوجٌ، وذاك غير منسوج. وأشبههما: طرد الوجهين، لإزراء الناس بهم، وعدِّهم النسبة إلى الحياكة سباً وإيذاءً. وحكى أبو الفياض: وجهاً فارقاً بين مايُحْوِج إلى مخامرة القاذورات، والنجاسات، وبين مالايُحْوَجُ إليه، فيقع الحارس والنخال، والحائك، في القسم الثاني، والباقون في الأول، وفي كتاب القاضي ابن كج: أن بعض الأصحاب ألحق الصباغين، والصواغين بمن تُرد شهادتهم، والصحيح[2]، القطع بالقبول[3]، نعم. من يكثر منه ومن سائر المحترفة، الكذب، والخلف في الوعد، ترد شهادته لذلك.

ثم الكلام في موضع الوجهين من وجهين:

أحدهما: قال صاحب الكتاب[4]. و[5]الوجهان، فيمن تليق به[6] هذه الحِرَفُ، وكان ذلك من صنعة آبائه، فأما غيره إذا اختارها، واشتغل بها، سقطت مروءته وهذا حسن، وقضيته أن يقال: الاسكاف والقصاب إذا اشتغلا بالكنس، بطلت مروءتهما بخلاف العكس[7].

والثاني: الذين يخامرون النجاسات، إنما يجري فيهم الوجهان إذا حافظوا على الصلوات، واتخذوا لها ثياباً طاهرة، وإلا فترد شادتهم بالفسق[8].

فروع[9]: الذي يترك السُنن الرواتب وتسبيحات الركوع والسجود أحياناً ،

حكم من ترك السنن الرواتب ونحو ذلك

---

(١) في: أ، ب، ظ "وما".

(٢) انظر: الروضة ٢٣٠/١١، ومغني المحتاج ٤٣١/٤، ونهاية المحتاج ٢٨٤/٨.

(٣) في: أ "بالقول".

(٤) انظر: الوجيز ٢٥٠/٢.

(٥) "و" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) "به" ليست في: ظ.

(٧) قال النووي: "لم يتعرض الجمهور لهذا القيد، وينبغي أن لايقيد بضنعة بل ينظر هل يليق به هو أم لا؟" والله أعلم.

(٨) قال بهامش العزيز ٢٢/١٣، "قال في القوت: قال القاضي حسين: إن استعمل الاسكاف شعر الخنزير، ولم يغسل ثوبه، ويديه منه، لم يقبل منه، وكذا إن غسلهما في الأصح، وإن استعمل غيره، وغسل النجاسة قبلت شهادته على الأصح...".

(٩) في: ب، ظ "فرع".

لاترد شهادته، فإن[1] اعتاد تركها، ردت شهادتهُ لتهاونه بالسنن، ذكره في "التهذيب" وسببه، إشعارُ هذا التهاون بقلة المبالاة، والاهتمام بالمهمات. وحكى الشيخ أبوالفرج: في غير الوتر، وركعتي / الفجر من الرواتب[2] وجهاً: أنه لاترد الشهادة باعتبار تركها. (٥٠٥/ز)

وعن نص الشافعي: أن المستحل للأنبذة إن كان يديم المنادمة[3] عليها والحضور مع أهل السفه، رُدَّت شهادتُهُ، لطرحِهِ المروءة، وإن لم يفسق المستحل.

وشهادة الطُوَّاف علىالأبواب، وسائر السؤال مقبولةٌ إلا أن يُكْثِرَ الكذب، في دعوى الحاجة، وهو غير محتاج، أو يأخذ ما لا يحل له أخذه، فيفسق لذلك.

وعن أبي حنيفة[4]: رد الشهادة، بسبب الطواف على الأبواب وهو قضية الوجه الذاهب إلى رد شهادة أصحاب الحرف الدنيئة، لأن اختيار ذلك يدل على الخسة.

وقوله في الكتاب "أو أكبَّ على اللعب بالشطرنج، أو الحمام، أو الرقص، أو الغناء" مكرر، وقد ذكر من قبل مايفيده[5]. وقوله "والحائك" يجوز إعلامه بالواو لطريقة من قطع بقبول[6] شهادته[7].

[فصل في الصفة الثالثة: وهي الانفكاك عن التهمة وأسبابها]

(قال [الغزالي]: الوصف[8] الثالث: الانفكاكُ عن التهمة: ولها أسبابٌ:

الأول: أن يجر إلى نفسه بشهادته نفعاً، كمن يشهد أن فلاناً جرح مورثه، أو يدفع[9] ضراً[10]، كالعاقلة إذا شهدت بفسق شهود قتل[11] الخطأ، فلا تقبل، ولو

---

(١) في: أ، ب، ظ "وإن".

(٢) "من الرواتب" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) في: أ، ز، ظ "المنادمة". كما أثبتناه، وفي ب "المقاومة". وانظر: ظاهر نص الشافعي في المختصر ص ٣١٠و ٣١١.

(٤) انظر: الهداية ١٢٣/٣.

(٥) انظر: ص٤٦٧وما بعدها.

(٦) في: أ "بالقول".

(٧) انظر: ص ٥٣٣.

(٨) في: أ "والوصف".

(٩) في: ز "أو الدفع".

شهد بمال آخر لمورثه، المجروح أو المريض، قُبِلَ. ولو شهدا لرجلين بوصية لهما من تركة فشهد الشاهدان أيضاً، بوصية لهما قبلت الشهادتان[١]، وكذا رفقاء القافلة في قطع الطريق).

[قال الرافعي]: عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ "قال: لاتقبل شهادة ظِنينٍ، ولا خَصْمٍ"[٢] والظنين، المتهمّ وللتهمة أسباب:

منها: أن يجُرَّ إلى نفسه بشهادته نفعاً، أو يدفع بها ضرراً، فلا تقبل شهادة السيد لمكاتبة، ولعبده، المأذون[٣] بدين، ولا عين[٤] ولا شهادة الوارث لمن يرثه، ولا شهادة الغريم للميت، ولا للمفلس المحجور عليه، وتُقبل شهادة الغريم لمديونه الموسر، وكذا المعسر قبل الحجر في أصح الوجهين، لأن قبل الحجر الحق[٥] يتعلق بذمته، لابعين أمواله.

والثاني: المنع، لأن المعسر لا مطالبة عليه، فإذا أثبت له شيئاً، أثبت لنفسه المطالبة[٦]، ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه، بالأداء، أو الإبراء، ولا شهادة

(١٠) "ضراً" ليست في: ب، ...، ز.

(١١) "قتل" ليست في: ز.

(١) في: أ "الشهادات".

(٢) الحديث: أخرجه مالك في الموطأ ٧٢٠/٢، كتاب الأقضية، باب ماجاء في الشهادات، ورواه موقوفاً على عمر بن الخطاب رضي الله عنه.
وأخرجه البيهقي ٣٤٠/١٠، كتاب الشهادات، باب لاتقبل شهادة خائن ... ولاظنين"
قال في البدر المنير ٤٤٤/٢ "غريب عنه" وقال ابن حجر في التلخيص ٢٠٣/٤ "وهو مقطوع"

(٣) ورد بهامش العزيز ٢٣/١٣ "استثنى البلقيني من ذلك شهادته له على شخص، بأنه قذفه فتقبل، قاله تخريجاً، قال: ولو شهد لعبده بأن زوجته تسلمت منه الصداق بالفسخ قبل الدخول، أو شطره بالطلاق قبل الدخول، وهو الأصح في أيام بائعه خلافاً للمصحح، في أصل الروضة في الصداق.
قال: والعبد الموصى بإعتاقه لو شهد له الوارث على شخص استوفى منفعته مدة قبلت، وان كان بعده لأنه لايجز إلى نفسه نفعاً لو استلحق عبده لقيطاً، وقلنا: لايصح استلحاقه فشهد له مالكه قبلت" ا.هـ.

(٤) "ولاعين" ليست في: أ.

(٥) "الحق" ليست في: أ. وفي: ب، ظ "يتعلق الحق".

(٦) في: ز "المطالبة لنفسه".

الوكيل للموكل فيما هو وكيل فيه، ولا شهادة الوصي، والقيم[١] في محل تصرفهما، ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو شريك فيه، بأن يقول: هذه الدار أو العبد بيننا، ويجوز أن يشهد بالنصف لشريكه، ولا تقبل شهادة الشريك لشريكه ببيع الشقصِ، ولا للمشتري من[٢] شريكه، لأن شهادته تتضمن إثبات الشفعة لنفسه، فإن لم تكن له[٣] شفعة، بأن كان مما لاينقسم.

قال الشيخ أبوحامد: تقبل، وكذا لو عفا عن الشفعة، ثم شهد.

ولو شهد أن فلاناً جرح مورثه، لم تقبل، للتهمة. ولو شهد بمال آخر لمورثه المجروح، أو المريض. نُظِر إن شهد بعد الإندمال قُبِلَ، إلا أن يكون من[٤] الأصول، أو[٥]الفروع، وإن شهد قبل الإندمال. فوجهان: أحدهما: وبه قال أبواسحاق: لاتقبل، كما لو شهد أن مورثه جُرِح[٦].

وأصحهما: القبول[٧]. والفرق: أن الجرح سبب الموت الناقل للحق، فإذا شهد بالجرح[٨] فشهادته، بالسبب الذي يثبت به الحق، وهاهنا بخلافه. وهذا الوجه الثاني الذي أورده صاحب "الكتاب" هاهنا[٩]: وذكر وجهين معاً في كتاب دعوى[١٠] الدم[١١].

وفي "شرح أدب القضاء" لأبي عاصم العبادي: أنه لاتقبل شهادة المودَع

---

(١) في: أ "ولا القيم".
(٢) في: أ ، ب، ظ "في".
(٣) في: أ، ب، ظ "فيه".
(٤) في: أ "في موضع".
(٥) في: ز "والفروع".
(٦) في: ز "شهد".
(٧) انظر: الروضة ٢٣٤/١١، ومغني المحتاج ٤٣٣/٤.
(٨) في: ز "جرح بالجرح".
(٩) انظر: الوجيز ٢٥٠/٢.
(١٠) في: ز "الدعوى".
(١١) انظر: الوجيز ١٦٣/٢.

للمودِع، إذا نازعه في الوديعة أجنبي[1]، لأنه يستديم اليد لنفسه، وتقبل للأجنبي، وكذا شهادة المرتهن للراهن، لا[2] تقبل، وتقبل للأجنبي[3] وأن شهادة الغاصب على المغصوب منه، لاتقبل لفسقه، ولأنه ينقل[4] الضمان الثابت عليه، من المستحق إلى غيره ويدفع مؤنة الرد، فإن شهد بعد الرد، قبلت الشهادة، وإن شهد بعد التلف لم تقبل، لنقل الضمان، وأنَّ شهادة المشتري شراءً فاسداً بعدما قبض لاتقبل للأجنبي، لمثل ذلك، وأنَّ شهادة المشترى شراءً صحيحاً بعد الإقالة، أو الرد بالعيب لاتقبل للبائع، لأنه يستبقي لنفسه الغلات، والفوائد إذا كانا لمدعي يدعي الملك من تاريخ متقدم على البيع.

ولو شهد بعد الفسخ بخيار الشرط، أو المجلس فوجهان: بناءً على أنه يرتفع[5] العقد من أصله، وترتد الفوائد إلى البائع، أو من حينه، فلا[6] ترتد. وأنه لو كان لميتٍ دين على شخصين، فشهد أجنبيان لرجل بأنه أخو الميت، ثم شهد الغريمان لآخر بأنه ابنُه، لم تقبل شهادة الغريمين، لأنهما ينقلان ماوجب للأخ عليهما إلى من يشهدان له بالنبوة، بخلاف مالو تقدمت شهادة الغريمين، وأنه لا تُقْبَلُ شهادة الوارثين على موت المورث، وشهادة الموصى لهما على موت الموصي، وتقبل شهادة الغريمين[7] على موت من له الدين، لأنهما لاينتفعان بهذه الشهادة، ولاينظرها هنا إلى نقل الحق من شخص إلى شخص، لأن الوارث خليفة المورث، فكأنه هو.

ذكر ذلك كله[8] القاضي أبوسعد الهروي[9].

وإذا شهد شهود بقتل خطإٍ[10]، فشهد اثنان من العاقلة بفسق الذين شهدوا

---

(١) في: ب، ظ " . . . أجنبي في الوديعة".

(٢) "لا" ليست في: أ.

(٣) في: أ، ظ "وللأجنبي تقبل".

(٤) في: ظ "ولا ينقل".

(٥) في: أ، ظ "وللأجنبي ثقيل".

(٦) في: ب "لا من حينه، أو من حينه، ولا يرتد".

(٧) من "وأنه لا تقبل شهادة الورثة . . . شهادة الغريمين" ليست في: أ.

(٨) في: أ "كلمه".

(٩) في: أ، ب، ظ : "أبوسعد الهروي شارحه".

(١٠) في: أ، ب، ظ "بقتل الخطأ".

بالقتل، لم تقبل شهادتهما، لأنهما يدفعان ضرر التحمل، وكذا لو كان أحدهم مزكياً، فجَرَحَ[1] شهود القتل.

وكذا لو شهد اثنان على مفلس بدين، فشهد غرماؤه الظاهرون بفسقهما، لم تقبل شهادتهم، لأنهم يدفعون بها[2] ضرر مزاحمة المدعي. ولو شهد اثنان، لاثنين بوصية من تركةٍ، فشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية من تلك التركة، أو شهد الواحد، فشهد المشهود له[3] مع آخر بوصيته للشاهدين فعن صاحب "التقريب" أنها لاتقبل، لتهمة المواطأة.

ويقال: أنه رواية الربيع عن النص[4]. ومذهب أبي حنيفة[5].

وليكن المنع فيما إذا شهد الآخران، قبل أن يحكم القاضي بشهادة الأولين، فإن حكم، ثم شهد الآخران، فيجوز أن يختص المنع باللآخرين. ويجوز أن يجعل بمثابة ما إذا بان فسق الشهود بعد الحكم، والصحيح[6] قبول الشهادتين لأن كل بينةٍ منفصلةٌ عن الأخرى، ولا يجرُّ شاهد بشهادته نفعاً لنفسه، ولا يدفع بها ضرراً، ولذلك نقول: رفقاء القافلة يجوز أن يشهد بعضهم لبعض في قطع الطريق، إذا قال: كلٌّ واحد منهم أخذ مال فلان، ولم يقل: أخذ مالنا على ماهو مذكور في باب قاطع الطريق[7].

[السبب الثاني: البعضية]

(قال [الغزالي]: الثاني: البَعْضِيَة، فلا تقبل الشهادة للولد، والوالد بل للفروع، والأصول، وكل من يستحق النفقة، وتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر، على أحد القولين، ولا تقبل شهادته بالزنا على زوجته[8] مع ثلاثة من الشهود[9]

---

(١) في: أ "فخرج" وفي "ب، ظ "يجرح".
(٢) "بها" ليست في: ز.
(٣) من "لهما للشاهدين ... فشهد المشهود". ليست في: ز.
(٤) انظر: المختصر ص ٣١١.
(٥) انظر: فتح القدير ٤٩٣/٦.
(٦) انظر: الروضة ٢٣٦/١١، ومغني المحتاج ٤٣٤/٤.
(٧) انظر ذلك: في الوجيز ١٨١/٢، والروضة ١٦٧/١٠.
(٨) في: ز "على زوجته بالزنا".
(٩) "الشهود" ليست في: أ، ب، ظ.

العدول، وتقبل على الولد وعلى الوالد، وإن كان بعقوبةٍ. وفي حبس الوالدين[1] بدينٍ ولدهما وجهان:

ولو شهد بمال مشترك بين ولده وأجنبي رُدَّ في حق ولده وفي حق الأجنبي وجهان، لتبعيض اللفظ).

[قال الرافعي] ومن أسباب التهمة البعضية، فلا تقبل شهادة الوالد لولده ولا لولد ولده، وإن سَفَل، ولا شهادة الولد لوالده، ولا لواحدٍ من أصوله، وإن علا، لأن المشهود له بعضه فشهادته له، كشهادته لنفسه، وقد روي أنه ﷺ: قال: لاتقبل شهادة خائن ولا خائنة، ولا ظنين في قرابة"[2]

ورويَ في الخبر "لاتجوز شهادة الوالد للولد، ولا الولد للوالد"[3].

وعن ابن القاص رواية قولٍ عن القديم: أن شهادة كل واحد منهما، للآخر مقبولة[4]، وبه قال المزني واختاره ابن المنذر[5].

---

(١) في: ب "الولد".

(٢) الحديث: أخرجه ابوداود ٣٠٦/٣، كتاب الأقضية، باب من ترد شهادته، بلفظ "لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غَمر على أخيه، والبيهقي ٣٤٠/١٠، كتاب الشهادات، باب من قال لا تجوز شهادة الوالد لولده من حديث عائشة "... ولا ذي غَمرٍ على أخيه ولا ظنين في ولاء ولا قرابة ولا القانع من أهل البيت لهم".
قال الحافظ ابن حجر ١٩٨/٤ "وفيه يزيد بن زياد الشامي، وهو ضعيف. قال الترمذي: لايعرف هذا من حديث الزهري إلا من هذا الوجه. ولا يصح عندنا اسناده. وقال أبوزرعة في العلل: منكر، وضعفه عبد الحق وابن حزم وابن الجزري.
وقال البيهقي: لايصح من هذا شئ عن النبي ﷺ . أ.هـ.

(٣) الحديث: أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٣٤٤/٨. بلفظ: "لا تجوز شهادة الابن لأبيه، ولا الأب لابنه ... الحديث".
وابن أبي شيبة في مصنفه ٥٣١/٤.
وقال في البدر المنير ٤٤٢/٢ "غريب وصل بحديث عائشة قال الساجي: أهل النقل لايثبتون هذه الزيادة" وقال الزيلعي في نصب الراية ٨٢/٤ "غريب".

(٤) انظر: التلخيص لابن القاص، ص ٦٥٠.

(٥) انظر: الحاوي ١٧٦/٢١ للماوردي.

والمذهب الأول[١]، وساعدنا عليه، أبوحنيفة[٢]. وكذلك مالك[٣] فيما نقله ابن الصباغ وغيره، وفي "التهذيب" أن عنده تقبل شهادة الولد للوالد، ولا تقبل شهادة الوالد للولد. لأن الولد ومالهُ لأبيه، وهذه رواية عن أحمد[٤]. وعنه رواية أخرى كمذهبنا ورواية ثالثة: أنها تقبل في الطرفين، إذا لم تَظْهر تهمة، بأن شهد بالنكاح، أو الطلاق، أوشهد بالمال، وهو غني، ولا تقبل شهادة الوالد للولد، وبالعكس، و[٥]لاتقبل الشهادة لمكاتب الوالد والولد و[٦]ما[٧] دونهما.

ولو شهد اثنان أن أباهما قذف ضرة أمهما، ففي قبول شهادتهما قولان. و[٨]يقال: أن المزني نقلهما في "الجامع الكبير". أحدهما: المنع، لأن القبول يُحْوِجُهُ إلى اللعان، وأنَّه سبب الفرقة، فشهادتهما تجرُّ نفعاً إلى أمهما.

وأصحهما[٩]: القبول، ولا عبرة بمثل[١٠] هذا الجرِّ، وذكر في "المهذب"[١١] أن الأول من القولين القديم.

والثاني الجديد. ويجريان فيما لو شهدا أنه طلق ضرة أمهما، أو خالعها، ولو ادعت المرأة[١٢] الطلاق[١٣]، وشهد لها ابناها لم تقبل شهادتهما.

ولو شهدا حسبة ابتداءً قُبِلَتْ، وكذلك في[١٤] الرضاع.

---

(١) انظر: المصدر نفسه، والوجيز ٢/٢٥٠، والمهذب ٢/٤٢١، والروضة ١١/٢٣٦.
(٢) انظر: الهداية ٣/١٢٢.
(٣) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٣.
(٤) انظر: المغني ١٤/١٨١.
(٥) "و" ليست في: ز.
(٦) في: أ، ب، ظ "الولد والوالد".
(٧) في: ز "ولما".
(٨) "و" ليست في: ز.
(٩) انظر: الروضة ١١/٢٣٧، ومغني المحتاج ٤/٤٣٤.
(١٠) "بمثل" ليست في: أ.
(١١) انظر: ٢/٤٢١ - ٤٢٢.
(١٢) في: أ، ب، ظ "امرأة".
(١٣) في: ب، ظ " بالطلاق".
(١٤) "في" ليست: في ب، ظ.

ولو شهد الأب مع ثلاثة، على زوجة ابنه بـالزنى، فـإن سبق مـن الابـن قـذف وطولب[١] بالحد، فحاول إقامة البينة لدفع الحد عن نفسه، لم تقبل شـهادته للابـن، وإن لم يقذف، أو لم يطالب بالحد، وشهد الأب حسبة قُبلـت شـهادته، وهـل تقبـل شـهادة أحد الزوجين للآخر؟ فيه قولان:

أحدهما: لا. وبه قال: أبوحنيفة[٢]. ويُرْوَى عـن مـالك[٣] وأحمـد[٤] أيضـاً؛ لأن كل واحد منهما، وارث، لايُحجب فأشبها الأب، والابن.

وأصحهما: القبول[٥]، لأن الحاصل بينهما عقد، يطرأ، ويـزول، فـلا يمنـع قبـول الشهادة، كما لو شهد الأجير للمستأجر، وزاد بعضهـم، قـولاً فارقـاً، وهـو رد شـهادة الزوجة لزوجها دون شهادة الزوج لزوجته، لأنهـا تستحق النفقـة عليـه، فهـي متهمـة، والأقوال، كالأقوال في قطع أحدهما بسرقة مال[٦] الآخر، وحكى صـاحـب "التهذيـب" طريقة قاطعة بالقبول ورجحها[٧]، وتقبل شهادة أحد الزوجين على الآخر إذ لاتهمة إلا أن الزوج لاتقبل شهادته على زوجته بالزنا، لأنه ينسبها إلى خيانـةٍ في حقـه، فـلا يقبـل قوله، كما إذا ادعى المالك خيانة[٨] المودع، ولأنه خصمٌ لها فيما يقوله.

وتقبل شهادة الوالد على الولد، وبالعكس، فإنه لاتهمة، ولا فرق بين أن تكـون الشهادة بمالٍ، أو عقوبة، وفيه وجه[٩]: أنه لاتقبل شهادة الولد علـى الوالـد بالقصاص، وحد القذف، لأنه لايجوز أن يكون الابن سبباً لعقوبة الأب، كما لا يقتص به، ولا يحد

---

(١) في: أ "طولب". وفي ب، ط "فطولب".

(٢) انظر: الهداية ١٢٢/٣.

(٣) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٣.

(٤) انظر: المقنع ص ٣٤٨، والمغني ١٨٣/١٤.

(٥) انظر: الروضة ٢٣٧/١١، ومغني المحتاج ٤٣٤/٤.

(٦) انظر: الوجيز ١٧٣/٢، والروضة ١٢٠/١٠ "حيث قال": فثلاثة أقوال: أظهرها يقطع، والثاني: لا. والثالث: يقطع الزوج دون الزوجة، وقيل يقطعان بلا خلاف".

(٧) "و" ليست في: ز.

(٨) في: ب، ظ "على المُودِع".

(٩) في: أ "وجه آخر".

بقذفه، والظاهر الأول[١]، ثم في الفصل فرعان.

أحدهما: وقد ذكره في التفليس[٢] مرة[٣] في حبس الوالدين[٤] بدين الولد، وجهان، وقد ذكرنا هناك. أن الأصح عند صاحب الكتاب الحبس[٥]. ويقال: إنه اختيار أبي زيد[٦]، وأن الأصح عند صاحب "التهذيب" المنع، قال الإمام: وإليه صار معظم أئمتنا[٧]. ونقل وجهاً ثالثاً: أنه يحبس في نفقة ولده، ولايحبس في سائر الديون، وهذا اختيار صاحب "التلخيص"[٨] وهو قريب مما حكينا عن أبي حنيفة هناك[٩].

الثاني: شهد بأن هذا العبد أو الدار لولده، ولفلان الأجنبي ردت[١٠] شهادته في حق الولد، وهل[١١] ترد في حق الأجنبي لأن الصيغة واحدة[١٢]، وقد اختلت برد بعض مقتضاها، أو لاترد لاختصاص المانع بالولد؟ فيه وجهان: ويقال: قولان والخلاف، كالخلاف المشهور، في تفريق الصفقة، بل هو هو.

وقد تعرضنا لهذا النوع[١٣] في مواضع[١٤]، وإذا عرفت ما ذكرنا. أعلمت قوله في الكتاب "فلا تقبل" بالواو. والزاي، والألف.

---

(١) انظر: الروضة ٢٣٧/١١، ومغني المحتاج ٤٣٤/٤.

(٢) انظر: الوجيز ١٧٣/١، والعزيز شرح الوجيز ٢٩/٥.

(٣) "مرة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: أ، ب، ظ "الوالد".

(٥) الوجيز ١٧٣/١، والعزيز شرح الوجيز ٢٩/٥، وانظر: الروضة ٢٣٧/١١، ومغني المحتاج ١٥٦/٢.

(٦) سبقت ترجمته ص٩٣.

(٧) "إن قول الغزالي - رحمه الله - بالحبس. مخالف للأكثرين. انظر: المصادر السابقة.

(٨) ص٦٥٠.

(٩) حيث قال هناك: "وعن أبي حنيفة - أنه لايحبس إلا في نفقة الولد، إذا كان صغيراً أو زمناً". انظر: العزيز شرح الوجيز ٣٠/٥، وانظر الهداية ١٠٥/٣.

(١٠) في: أ "وردت" وفي: ظ "ترد".

(١١) في: أ "فهل".

(١٢) في: ب، ظ "متحدة".

(١٣) وفي أ "الفرق"، وفي ز "الفرع".

(١٤) . والأظهر قبول الشهادة للأجنبي. والثاني: لاتقبل. انظر: العزيز شرح الوجيز ٢٣٧/٤، ومغني المحتاج ٤٣٤/٤.

وقوله: والوالد[١] بالميم، لرواية "التهذيب" وقوله "وتقبل شهادة أحد الزوجين" بالحاء، والألف، والميم[٢]. وقوله: "على أحد القولين" بالواو. للطريقة القاطعة، وقوله: "وإن كانت بعقوبة" بالواو. وقوله "وكل من يستحق النفقة، لاحاجة إليه"، لأن المقصود هاهنا الاستحقاق بجهة القرابة. وفي قوله: "بل للأصول[٣]، والفروع" مايفيد الضبط.

فرع: عبدٌ[٤] في يد زيد، ادعى مدعٍ أنه اشتراه من عمرو، وبعد ما اشتراه عمرو، من زيد صاحب اليد، وقبضه فطالبه[٥] بالتسليم وأنكر زيد جميع ذلك، فشهد أبناؤه للمدعي، بما يقوله.

حكى القاضي أبوسعد فيه قولين. أحدهما: ترد[٦] شهادتهما لتضمنهما إثبات الملك لأبيهما. وأصحهما: القبول: لأن المقصود بالشهادة في الحال المدَّعِي، وهو أجنبيٌّ عنهما[٧] والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الثالث: العداوة، فلا تقبل شهادته[٨] على العدو وتقبل له. والعداوة هي: التي[٩] تُظهر الغضب[١٠]، وتحمل على الفرح بالمصيبة، والغم بالسرور، وتقبل الشهادة للصديق والأخ).

---

(١) في: ب، ظ "الولد".
(٢) في: ز "بالميم والألف".
(٣) في: أ، ب "الأصول".
(٤) "عبد" ليست في: أ.
(٥) في: أ، ب، ظ "وطالبه".
(٦) في: أ، ظ "رد".
(٧) انظر: الروضة ٢٣٦/١١.
(٨) "شهادة" ليست في : ز.
(٩) في: أ "أن يظهر".
(١٠) في: ز "التعصب".

[قال الرافعي]: ومن أسباب التهمة العداوة، فلا تقبل شهادة العدو على العدو، خلافاً لأبي حنيفة[١]. لنا ماروي أنه ﷺ قال:[٢] "لاتقبل شهادة خائن، ولا خائنة، ولا ذي غمرٍ على أخيه"[٣]. ويروى لا تقبل شهادة خصم، ولا ظنين[٤] قيل المراد من الخصم العدو، والعداوة التي ترد بها الشهادة هي التي تبلغ حداً يتمنى هذا زوال نعمة[٥] ذاك، ويفرح بمصيباته، ويحزنُ بمسراته وذلك قد يكون من الجانبين، وقد يكون من أحدهما، فَيَختّصُّ[٦] برد شهادته على الآخر، فإن أفضت العداوة إلى ارتكاب مايقتضي[٧] الفسق، فهو مردود الشهادة على الإطلاق، وإذا عاداه من يريد أن يشهد عليه، وبالغ في خصومته، فلم يجبه[٨]، وسكت، ثم شهد عليه، قبلت شهادته، وإلا اتخذ الخصماء ذلك ذريعةً إلى إسقاط الشهادات، وهكذا حكاه القاضي الروياني، عن القفال وذكره[٩] جماعة منهم صاحب "التهذيب" وأورد في "باب اللعان" بأن شهادة المقذوف على القاذف قبل طلب الحد مقبولةٌ، وبعد الطلب غير مقبولة، لظاهر[١٠] العداوة، وأنه لو شهد بعد الطلب ثم[١١] عفا، وأعاد تلك الشهادة، وأنه لو شهد قبل الطلب، ثم

---

(١) الصحيح من المذهب الحنفي: أن شهادة العدو على عدوه لاتقبل. صرح بذلك صاحب تنوير الأبصار ٣٥٦/٥ حيث قال: "والعدو لاتقبل شهادته على عدوه إذا كانت دنيوية" وقال ابن عابدين في حاشيته: مطلب في قضاء العدو على عدوه. "... شهادة العدو على عدوه لا تقبل، ولو قضى بها القاضي لاينفذ" ٣٥٧/٥.
وقال في موضع آخر ٤٨٠/٥ "أقول: فتحصل من ذلك أنَّ شهادة العدو على عدوه، لاتقبل، وإن كان عدلاً ..." ا.هـ.

(٢) "العدو على عدوه ... خائنه" ليست في: ظ.

(٣) سبق تخريجه ص ٥٣٦.

(٤) سبق تخريجه ص ٥٤٠.

(٥) في: ز "نعم".

(٦) في: ب، ظ "مختص".

(٧) في: ز "يقضي إلى". وفي ب، ظ "مايوجب".

(٨) في: أ، ب، ظ "يجب".

(٩) في: أ "ذكر".

(١٠) في: أ، ب، ظ "لظهور".

(١١) "ثم" ليست في: أ.

طلب قبل الحكم، لم نحكم بشهادته، كما لو ظهر[1] فسق الشاهد قبل الحكم، لكن في "تعليق الشيخ أبي حامد"، وغيرِهِ أن الشافعي: رضي الله عنه: صَوَّر العداوة الموجبة للرد، فيما إذا قذف رجلٌ رجلاً وادعى[2] عليه: أنه قطع الطريق عليه[3]، وأخذ ماله فقال: يصيران عدُوَّيْن، فلا تقبل شهادة واحدٍ منهما على الآخر، فاكتفى بالقذف دليلاً على العداوة، و لم يتعرَّض لطلب الحدِّ. قال القاضي الروياني: ولعل القفال: أراد غير صورة القذف، ثم على ماذكره في "التهذيب" الحكم غير منوط بأن يطلب المقذوف الحد، بل بأن يظهر العداوة، لأنه قال: لو شهد رجل على رجل، وقال: وقذفني، أو[4] قذف زوجتي، وفلاناً، لم تقبل شهادته لفلان، لأنه أظهر العداوة بقوله: قذفني، أو قذف زوجتي بينه وبين المشهود عليه.

ولو قال: قذف أمي، وفلاناً، لم تقبل شهادته للأم، وفي قبولها لفلان. قولا[5] التبعيض، لأن[6] سبب الرد في الصورة الأولى العداوة بينه وبين المشهود عليه، فيعم أثرها، وسبب[7] الرد في الصورة الثانية البعضية فجاز أن يختص أثرها بالأم[8].

وقد[9] يقول: الناظر لِمَ كان قوله "قذف زوجتي" إظهاراً للعداوة، و لم يكن قوله: قذف أمي إظهاراً لها؟ وقد يقول: إن كان قول المقذوف "قذفني" دليلاً على العداوة، فنفس قذف القاذف أدل عليها، فهلاَّ[10] اكتفى به، كما دلَّ عليه النصُّ، ولاشك أنه لو شهد على إنسان فقذفه المشهود عليه، لم يمنع ذلك من الحكم بشهادته،

---

(١) "ظهر" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: ب، ظ "وادعى".

(٣) "عليه" ليست في: ز.

(٤) في: ظ "و".

(٥) الأظهر: القبول. والثاني: لا.
انظر: الروضة ٢٣٦/١١، ومغني المحتاج ٤٣٤/٤.

(٦) في: أ، ب، ظ "قالا لأن".

(٧) في: أ "وسببه".

(٨) من "فيعم أثرها ... أن يختص" ليست في: ب، ظ.

(٩) في: ب "والرد هنا للبعضية فلا يورث تهمة في غير الأم بالأم" و لم يرد هذا في جميع النسخ.

(١٠) في: ظ : "فلا".

وقد نص عليه.

[فصل: في العداوات الدينية والعصبية]

والعداوات الدينية، لاتوجب رد الشهادة، بل تقبل شهادة المسلم على الكافر، والسني على المبتدع، وكذا من أبغض الفاسق لفسقه لم ترد شهادته عليه.

ولو قال العالم الناقد، لاتسمعوا الحديث من فلان، فإنه مخلِّطٌ ولا تستفتوا منه، فإنه لايحسنُ الفتيا، لم ترد شهاته، لأن هذا نصحٌ للناس، نص[١] عليه الشافعي رضي الله عنه. وتُقبلُ شهادة العدو للعدو إذ لاتهمة.

والعصبية: وهو أن يبغض الرجل، لأنه من بني فلان إن انضم إليها دعوةُ الناس، وتألُّفهم للإضرار به، والوقيعة فيه، فيقتضي رد شهادته عليه، ومجردها لايقتضي[٢] الرد[٣]، وليس من العصبية أن يُحبَّ الرجلُ، قومه، وعشيرته[٤]، فتقبل شهادته لهم وعليهم. وتقبل شهادة الصديق للصديق، كما تقبل للأخ، والعم وغير الأصول، والفروع[٥]. وقال مالك: "لاتقبل شهادة الصديق للصديق، وكذا شهادة الأخ للأخ إذا كان منقطعاً إليه يصله ويبرهُ[٦]".

[فصل: في قبول شهادة المبتدعة]

(قال [الغزالي]: وتقبل شهادة المبتدعة إذ الصحيح أنهم لايُكَفَّرَون، ولا تقبل شهادة من يطعن[٧] في[٨] الصحابة، ويقذف عائشة رضي الله عنها لأنها محصنة بنص الكتاب).

---

(١) انظر: الأم ٢٠٧/٦، والمختصر ص ٣١٠، وانظر: الروضة ٢٣٨/١١، ونهاية المحتاج ٢٨٩/٨.

(٢) في: أ، ب، ظ "لايقتضيه".

(٣) "الرد" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: أ، ب، ظ "عترته".

(٥) "لضعف التهمة". انظر: الروضة ٢٣٩/١١، وشرح الجلال المحلى ٣٢٢/٤، ونهاية المحتاج ٢٨٨/٨.

(٦) مختصر خليل ص ٢٦٤، وانظر: مواهب الجليل ١٥٥/٦ و ١٥٦.

(٧) في: أ "طعن".

(٨) في: ز "على".

[قال الرافعي]: جُلُّ الفقهاء من أصحابنا، وغير أصحابنا يمتنعون من تكفير أهـل القبلة[١].

نعم اشتهر عن الشافعي رضي الله عنه تكفير الّذيـن ينفـون علـم الله بـالمعدوم، ويقولون: لم يعلم الأشياء حتى خلقها[٢]. وروى العراقيون عنـه تكفـير النـافين للرؤيـة، والقائلين بخلق القرآن[٣]، وأوّلَهُ الإمام فقال: ظني أنـه نـاظر بعضهـم، فألزمـه الكفـر في الحِجَاجِ، فقيل: إنه كفّره[٤].

فمن يكفر لاتقبـل شـهادته، ومـن لايَكفّـر مـن أهـل البـدع، والأهـواء[٥] نـص الشـافعي في "المختصـر"[٦] و "الأم"[٧] علـى قبـول شـهاداتهم، إلا شـهادة قـوم يـرون الكذب كفراً، ويشهد أحدهم لصاحبه إذا سمعه. يقول: لي على فـلان، أو عنـده كـذا،

---

(١) انظر: المختصـر ٣١٠، والحـاوي ١٨٥/٢١، والوجـيز ٢٥٠/٢، والروضـة ٢٣٩/١١، ونهايـة المحتاج ٢٨٩/٨، وانظر: فتح القديـر ٤٨٧/٦، والتـاج والاكليـل ١٥٠/٦، والمقنـع ص ٣٤٧، والانصاف ٤٧/١٢، وانظر الأحكام للآمدي ٧٥/٢، وتيسـير التحريـر ٤٢/٣ و ٤٣، وشـرح الكوكب المنير ٤٠٢/٢.

(٢) في: ب، ظ "يخلقها". وانظر: المختصر ص ٣١٠، والأم ٢٠٥/٦ و ٢٠٦، وشرح الجلال المحلي ٣٢٢/٤، ونهاية المحتاج ٢٨٩/٨.

(٣) قال النووي في الروضة ٢٣٩/١١ "أما تكفير منكري العلم بالمعدوم، أو بالجزئيات فلاشك فيه، وأما من ينفي الرؤية، أو قال بخلق القرآن، فالمختار تأويله، وسننقل إن شاء الله تعالى عن نصه في "الأم" مايؤيده. ينظر: ص ٥٥٠.

(٤) قال النووي ٢٣٩/١١ "وهذا التأويل الذي ذكـره أبوبكـر البيهقـي رضـي الله عنـه، وآخـرون تأويلات متعارضة على أنه ليس المراد بالكفر الإخراج من الملة، وتحتم الخلود في النـار، وهكـذا تأولوا ماجاء عن جماعة من السلف من إطلاق هذا اللفظ، واستدلوا بأنهم لم يلحقوهم بالكفـار في الإرث، والأنكحة، ووجوب قتلهم، وقتالهم وغير ذلك. والله أعلم.

(٥) "البدع" واحد بدعة. "وهم من خالف في العقائد ماعليـه أهـل السنة ممـا كـان عليـه النبي ﷺ وأصحابه، ومن بعدهم ... وقد يطلق على كل مبتـدع أمـر لم يشـهد الشـرع بحسـنه وليـس مراداً هنا". انظر: نهاية المحتاج ٢٨٩/٨.
أو هم أهل الأهواء من الجهمية، والقدرية، والمعتزلة، والخوارج، والروافض، ومن نحـا نحوهـم". ذكره في شرح الكوكب المنير ٤٠٢/٢.

(٦) انظر: المختصر ٣١٠.

(٧) انظر: الأم ٢٠٥/٦ و ٢٠٦.

فيصدقه بيمين أو غير يمين، ويشهد له اعتماداً على أنه لايكذب، وهؤلاء يسمَّون الخطَّابية[١]. والأصحاب فيه على ثلاث فرق[٢].

فرقة: جرت على نصِّه في الكتابين، وقبلت شهادة جميعهم، وهم الأكثرون، منهم ابن القاص، وابن أبي هريرة، والقفال، وابن كج، وأبوالطيب ، والروياني. ووجهوه بأن هؤلاء مصيبون في زعمهم، و لم يظهر منهم مايسقط الثقة بقولهم، وفيهم طوائف يشددون أمر الكذب، فيتأكد الظن بصدقهم، وإلى هذا أشار الشافعي رضي الله عنه. بقوله[٣]: "وشهادة من يرى كذبه شركاً[٤] بالله، ومعصية، يجب بها النار، أولى أن تطيب النفس بقبولها، من شهادة من يخفف المآثم فيه، و لم يبالي هؤلاء من سب الصحابة، والسلف، فإنه يقدم عليه على اعتقاد[٥]، لا على عداوة.

و[٦] قالوا: لو شهد خطَّابي، وذكر في شهادته، مايقطع احتمال الإعتماد على قول المدعي، بأن قال: سمعت فلاناً يُقِرُّ بكذا، لهذا ورأيته أقرضه، قبلت شهادته.

وفرقة أخرى فيهم الشيخ أبوحامد، ومن يحذو حذوه حملوا النص على المخالفين في الفروع، وردوا شهادة أهل الأهواء كلهم، وقالوا: إذا رددنا شهادة من نفسقه فأولى أن نرُدَّ شهادة من نضلِّله، وننسبه إلى البدعة.

وفرقة ثالثة: توسطوا فردوا شهادة بعضهم، دون بعض، فعن أبي إسحاق: أنه قال: من أنكر إمامة أبي بكر رضي الله عنه ردت شهادته لمخالفة الإجماع، ومن فضل علياً على أبي بكر رضي الله عنهما. لم نرد شهادته، ورد الشيخ أبومحمد شهادة الذين يسبون الصحابة، ويقذفون عائشة رضي الله عنها، فإنها محصنة على مانطق به القرآن.

---

(١) وهم: أصحاب أبي الخطاب الأسدي الكوفي. كان يقول: بإلهية جعفر الصادق، ثم ادعى الإلهية لنفسه. وهم يعتقدون أن الكذب كفر". انظر: الملل والنحل ص ١٧٩ و ١٨٠. للشهرستاني. وانظر: تيسير التحرير ٤٣/٣، ونهاية المحتاج ٢٨٩/٨.

(٢) في: ز "والأصحاب فيه ثلاثة طرق على ثلاث فرق".

(٣) انظر: الأم ٢٠٥/٦، والمختصر ص ٣١٠.

(٤) في: أ "شركاء".

(٥) في: أ "اعتقاده".

(٦) "و" ليست في "ز".

قال تعالى: ﴿إن الذين يرمون المحصنات الغافلات﴾[(١)] وقذف سائر المحصنات يُوجب[(٢)] رد الشهادة، فقذفها أولى.

وعلى هذا جرى الإمام، وصاحب "التهذيب"[(٣)] والمصنف، وخيرُ الأمور أوسَطُها، وفي "الرقم" أن شهادة الخوارج[(٤)]، مردودة، لتكفيرهم، أهل القبلة[(٥)]. ووافق أبوحنيفة[(٦)] الفرقة الأولى، من الأصحاب، ومالك الثانية[(٧)]، وأحمد رد شهادة ثلاثة[(٨)] أصناف: القدرية[(٩)]

---

(١) سورة النورة، من آية ٢٣.

(٢) في: أ "موجب".

(٣) في: ز "المهذب".

(٤) الخوارج: "هم كل من خرج على الإمام الحقِّ الذي اتفقت الجماعة عليه، سواء كان الخروج أيام الصحابة، أو كان بعدهم على التابعين والأئمة في كل زمان".
والمقصود بهم هنا "هم الذين خرجوا على علي بن أبي طالب رضي الله عنه وتبرؤوا منه ومن عثمان ... ويقدِّمون ذلك على كل طاعة ويروْن الخروج على الإمام إذا خالف السنة حقاً واجباً"
انظر: الملل والنحل ص ١١٤ و ١١٥.

(٥) قال النووي في الروضة ١١/٢٤٠ "الصواب ما قالته الفرقة الأولى وهو قبول شهادة الجميع، فقد قال الشافعي رحمه الله في "الأم". ذهب الناس في تأويل القرآن والأحاديث إلى أمور تباينو فيها تبايناً شديداً، واستحل بعضهم ما تطول حكايته، وكان ذلك متقادماً، منه ماكان في عهد السلف إلى اليوم، فلم نعلم أحداً من سلف الأمة يقتدي به، ولا من بعدهم من التابعين ردّ شهادة أحد بتأويل، وإن خطأهُ وضلله، ورآه استحل ماحرم الله تعالى عليه، فلا ترد شهادة أحد بشئ من التأويل كان له وجه يحتمل، وإن بلغ فيه استحلال المال والدم. هذا نصه بحروفه، وفيه التصريح بما ذكرنا، وبيان ماذكرناه في تأويل تكفير القائل بخلق القرآن، ولكن قاذف عائشة رضي الله عنها - كافر، فلا تقبل شهادته. ولنا وجه أن الخطابي لا تقبل شهادته، وإن بين مايقطع، لاحتمال اعتماده، وقول صاحبه. والله أعلم". أ.هـ.

(٦) انظر: الهداية ١٢٣/٣، وفتح القدير ٤٨٧/٦.

(٧) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٣، والتاج والإكليل ١٥٠/٦.

(٨) انظر: المقنع ص ٣٤٧، والإنصاف ٤٧/١٢ و ٤٨.

(٩) القدرية: "فرقتان: الأولى: تزعم أن الله يقدر الأمور أزلاً، ولم يتقدم علمه بها، وإنما يأتنفها علماً حال وقوعها، وكانوا يقولون: إن الله أمر العباد، ونهاهم، وهو لايعلم من يطيعه ممن يعصيه، ولا من يدخل الجنة ممن يدخل النار حتى فعلوا ذلك، فعلمه بعدما فعلوه".
"والثانية: هم الذين ينكرون تعلق الارادة بأفعال العباد "فراراً من تعلق القديم بالمحدث". انظر: لوامع الأنوار البهية، وسواطع الأسرار الأثرية لشرح الدرة المضية في عقد الفرقة المرضية ٣٠٠/١ و ٣٠١.

والجهمية[١]، والروافض[٢]. فيجوز أن يعلم قوله في الكتاب: "وتقبل شهادة المبتدعة" بالميم، والألف، والواو. والله أعلم.

[فصل: في السبب الرابع من التهمة وهو الغفلة]

(قال [الغزالي]: الرابع: التغافل: فرب[٣] عدل[٤] يكثر سهوه، ووهمه، ولا يستقيم حفظه، وضبطه، فلا[٥] تقبل شهادته، إلا إذا علم أنه في موضع لايحتمل الغلط).

[قال الرافعي] ومن أسباب التهمة: الغفلة، وكثرة الغلط: فلا تقبل شهادة المغفل الذي لايحفظ، ولايضبط، لأنه لايوثق بقوله. فإن شهد مفسراً، وبين وقت التحمل، ومكانه فزالت[٦] الريبة عن شهادته قبلت، ولا تقبل أيضاً شهادة من يكثر غلطه، ونسيانه.

وأما الغلط القليل: فإنه لايقدح في الشهادة لأن أحداً من الناس، لايسلم منه. قال الإمام: ومعظم شهادات العوام يشوبه جهل، وغرة، فيحوج إلى الاستفصال كما مرَّ في أدب القضاء.

[فصل في السبب الخامس من التهمة: وهو دفع عار الكذب]

(قال [الغزالي]: الخامس دفع عار الكذب. فمن ردت شهادته يفسق، فتاب، قبلت شهادته، إلا إذا أعاد تلك الشهادة، لأنه يدفع بها[٧] عار الكذب، وتقبل

---

(١) الجَهْمِية: وهم أصحاب جهم بن صفوان، وهم الذين ينفون الصفات الأزلية. انظر: الملل والنحل ٨٦، وتاريخ الفرق الإسلامية ٢٢.

(٢) الروافض: وهم الذين يرفضون أبا بكر وعمر، وأن النبي ﷺ نص على استخلاف علي بن أبي طالب باسمه. انظر: تاريخ الفرق الإسلامية ٢٨٨.

(٣) في: أ، ب، ظ "رب".

(٤) في: ز "عدل مغفل".

(٥) في: ظ "ولا".

(٦) في: ز "وزالت".

(٧) في: أ، ب، ظ "به".

الشهادة المعادة من[1] العبد، والكافر، والصبي إذا زال نقصانهم، وهل تقبل الشهادة[2] المعادة من الفاسق المعلِنِ، والعدو إذا [3] صار صديقاً، والسيد إذا شهد لمكاتبه؟ فيه وجهان).

[قال الرافعي]: ومن أسباب التهمة: أن يدفع بالشهادة عار الكذب عن نفسه، فإذا شهد فاسق، ورد القاضي شهادته، ثم تاب، كما سنصف التوبة فشهادته مقبولة بعد ذلك، لكن لو أعاد تلك الشهادة، لم تقبل خلافاً للمزني[4]. ولو شهد عبدٌ أو كافر، أو صبي، فلم يُعْتَد بشهاداتهم، ثم عتق العبد، وأسلم الكافر، وبلغ الصبي، فأعادوا[5] شهاداتهم، قبلت، خلافاً لمالكٍ[6]، وأحمد[7]. والفرق من وجهين:

أحدهما: أن العدالة والفسق يدركان بالنظر، والاجتهاد.

والظاهر من حال المسلم العدالة، لكن القاضي، بعد البحث قد يؤدي إجتهاده إلى فسق الشاهد، فيحكم بردها، وما حكم برده، لا يحكم بقبوله. كقعد أبطله ليس له أن يصححه، والعبد والصبي، والكافر، ليس لهم أهلية الشهادة، وما أتوا به ليس بشهادة حتى تقبل، أو ترد.

ولو علم القاضي حالهم لم يصغ إلى كلامهم، وهذا الفرق، هو الذي أشار إليه الشافعي.

والثاني: قال الأصحاب: العبد، والكافر، والصبي، لايتغيرون[8] برد الشهادة[9]. أما العبد، والصبي، فليس إليهما نقصانُهما، وأما الكافر فلا يعتقد كفرهُ نقصاً بل يفتخر

---

(١) في: أ، ب، ظ "في".
(٢) "الشهادة" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) في: ز "تاب الفاسق".
(٤) انظر: المختصر ص ٣٠٤.
(٥) في: أ "فعدوا".
(٦) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٣.
(٧) انظر: المقنع ص ٣٤٦.
(٨) في: ظ "لايتعير".
(٩) في: ز "برد شهادة".

به، ولا يبالي برد شهادته لتمسكه بدينه، والفاسق يتعير بالرد، لأن الرد يُظهر فسقه الذي يسعى في إخفائه، ويعترف بأنه نقصٌ، ولأنه متهم بالكذب، والمجازفة، إذا ردت شهادته، فإذا أعاد تلك الشهادة فقد يريد دفع غضاضة الكذب، أو يرى أنه كان القاضي مخطئاً في ظن الفسق به، فلما تبين له خلافه قبل شهادته، وقد يتوهم أنه على فسقه، لكن أظهر التوبة ليعيد الشهادة، ويدفع العار، ومثل هذا لايقدح في بلوغ الصبي، وما في معناه، فإن كان الفاسق معْلِناً بالفسق حين شهد، ففي قبول شهادته المعادة بعد التوبة. وجهان: والأئمة إلى أنها لاتقبل أيضاً أميل، واختاره القاضي الروياني. وينسب إلى ابن أبي هريرة. واختار القاضي أبوالطيب القبول، وينسب إلى أبي إسحاق. والوجهان: يتخرجان على الفريقين، إن قلنا: بالثاني: فرد شهادته لايظهر فسقه فإنه ظاهر وهو غير مبال بفسقه لايعده عاراً كالكافر، فوجب أن تقبل، وإن قلنا: بالأول، فقد جرى الحكم برد شهادته، لكن هذا إنما يتضح أن لو أصغى القاضي إلى شهادته مع ظهور فسقه ثم ردها، وفيه وجهان، ثم الذي ذكره الشيخ أبومحمد، واستحسنه الإمام: أنه لايصغي إليها كشهادة العبد، والصبي، ولو كان الكافر مستسراً بكفره، وردت شهادته، ثم أسلم، وأعادها، حكى القاضي ابن كج في قبولها: وجهين، لكن قياس الفرقين جميعاً أن لايقبل، أما على[1] الأول فلأن شهادته تحتاج إلى النظر والإجتهاد، لاستسراره، فإذا جرى الحكم بردها، وجب أن لاتقبل. وأما على الثاني: فلأن رد شهادته يظهر دينه فيفتضح به، ويتعير، فيكون متهماً في الإعادة. ولو شهد على إنسان فردت شهادته لعداوة بينهما، ثم زالت العداوة، فأعاد تلك الشهادة، فوجهان أيضاً، وجه القبول: أن العداوة سبب ظاهر، فالرد بها لايورث عاراً، ووجه المنع أنها شهادة ردت للتهمة، فإذا أعيدت، لم تقبل كشهادة الفاسق، وهذا أصح على ماذكره صاحب "المهذب"[2] و"التهذيب"[3] وغيرهما.

---

(١) "على" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ، ب، ظ "أنها".

(٣) انظر: ٤٢٣/٢، وانظر: الروضة ٢٤٢/١١، ومغني المحتاج ٤٣٨/٤.

ويجري الوجهان فيما لو شهد لمكاتبة بمال، أو لعبده بنكاح، فردت[١] شهادته، فأعادها بعد عتقهما، والذي أجاب به ابن القاص في هذه الصورة القبول، ويجريان فيما إذا شهد اثنان من الشفعهاء يعفو شفيع ثالث قبل أن يعفوا فردت شهادتهما[٢] ثم أعاداها بعد اندمال الجراحة.

فرع: عن "أمالي" أبي الفرج: شهد فرعان على شهادة أصل فردت شهادتهما بفسق[٣] الأصل، فقد صارت شهادة الأصل مردودة، فلو تاب، وشهد بنفسه وأعاد[٤] الفرعان شهادتهما على شهادته، أو شهد على شهادته فرعان آخران، لم تُقْبَل، ولو ردت شهادة الفرعين لفسقهما لم تتأثر به شهادة الأصل.

[فصل: في السبب السادس من التهمة:وهو الحرص على الشهادة]

(قال [الغزالي]: الحرص على الشهادة بالمبادرة قبل الدعوى، فلا تقبل، وبعد الدعوى وقبل الاستشهاد وجهان، فإن لم تقبل، فهل يصير به مجروحاً[٥]؟ وجهان.

ولو جلس مختفياً[٦] في زاوية لتحمل شهادة،قبلت منه، ولا تُحْمَلُ على الحرص)[٧].

[قال الرافعي] ومن أسباب التهمة الحرص على الشهادة بالمبادرة. واعلم أن الحقوق على ضربين، ضرب لايجوز المبادرة إلى الشهادة عليه، وضرب يجوز، وتسمى الشهادة عليه على وجه المبادرة شهادة الحسبة،وستعرف أنواعها في الفصل التالي[٨] لهذا الفصل.

---

(١) في: ز "ثم ردت".
(٢) في: أ "شهاداتهما".
(٣) في: ز "لفسق".
(٤) في: ز "أو أعادها".
(٥) في: ز "مجروحاً به".
(٦) في: ز "في زاوية مخبأً".
(٧) في: ز "حرصه".
(٨) في: أ "الثاني".

فحيث لايجوز، فالمبادر[١] متهم، فلا تقبل شهادته، وفي الخبر أنه ﷺ قال في معرض الذم "ثم يجيء قوم يُعْطُون الشهادة قبل أن يسألوها"[٢] وروى أنه ﷺ قال: "خَير الشهداء الذي يأتي بالشهادة قبل أن يُسْأَلَها"[٣] فَجُمِعَ بين الحديثين بحمل الثاني على مايجوز المبادرة إليه، وحمل الأول على مالايجوز[٤]، والمبادرة أن يشهد من غير تقدُّمِ دعوى فإن شهد في غير موضع الحاجة بعد الدعوى، وقبل أن يستشهد فوجهان:

أحدهما: القبول، لأنه شهد وقت الحاجة إلى إقامة البينة، والأظهر: المنع[٥] للتهمة، ولفظ الخبر الأول مايشهد له، وهو الذي أورده في "التهذيب" وإذا رددنا شهادة المبادرة. ففي صيرورته مجروحاً وجهان مشهوران في كلام الأصحاب.

وأشبههما[٦]: المنع، ويحكى القطع به عن أبي عاصم العبادي إن كانت المبادرة عن جهل منه، فظاهر هذا الإيراد كون الخلاف في سقوط عدالته على الإطلاق، ويؤيده

---

(١) في: أ "فالمبادرة".

(٢) من قوله "في معرض ... قبل أن يسألوها" ليست في أ.
والحديث متفق عليه. أخرجه البخاري ١٥١/٣، كتاب الشهادات، باب لايشهد على شهادة جور إذا أُشْهِد.
ومسلم بشرح النووي ٨٧/١٦، فضائل الصحابة ثم الذين يلونهم من حديث عمران بن حصين بلفظ "خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يكون بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون ... الحديث".

(٣) الحديث أخرجه مسلم بشرح النووي ١٦/١٢، كتاب الأقضية، باب خير الشهود. وانظر: البدر المنير ٤٤٤/٢، والتلخيص ٢٠٤/٤.

(٤) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٤/٤. "فائدة:جُمِعَ بين هذا الحديث والذي قبله، بحمل الأول على حقوق الآدميين، والثاني على حقوق الله. أو حمل الأول على شاهد الزور، والثاني على الشاهد على الشئ يؤدي شهادته، ولايمنع من إقامتها، أو الأول على الشهادة في الأيمان، كمن يقول: أشهد با لله ماكان كذا. ووجه كراهة ذلك أنه نظير الحلف، وإن كان صادقاً، وقد كره. والثاني: على ماعدا ذلك، أو الأول على الشهادة على المسلمين بأمر مغيب، كما يشهد أهل الأهواء على مخالفيهم، أنهم من أهل النار، والثاني: على من استعد للأداء، وهي أمانة عنده. وأما الأول على مايعلم بها صاحبها، فيكره التسرع إلى أدائها. والثاني: على ما إذا كان صاحبها لايعلم بها". أ.هـ.

(٥) انظر: الروضة ٢٤٢/١١، ومغني المحتاج ٤٣٦/٤، ونهاية المحتاج ٢٨٩/٨.

(٦) انظر: الروضة ٢٤٢/١١، ومغني المحتاج ٤٣٦/٤.

أن القاضي أبا سعد قال: الوجهان مبنيان على أن المبادرة من الصغائر، أو الكبائر، لكن منهم من يفهم كلامه، وقوع هذا الخلاف في قبول تلك الشهادة منه إذا أعادها، لا في سقوط العدالة مطلقاً. هذا صاحب الكتاب: يقول: في "الوسيط" في باب دعوى الدم. في وجه لا تقبل تلك الشهادة منه، إذا أعادها، كالشهادة المردودة عليه[١]، بعلة الفسق، وعلى وجه تقبل، وعلى[٢] وجه: إن تاب عن المبادرة، فتقبل[٣]، وفي "التهذيب" إنا إذا قلنا: يصير مجروحاً فلا يشترط استبراء الحال، حتى لو شهد في حادثة أخرى تقبل فأشعر ذلك[٤] بكون الخلاف في تلك الشهادة، لا غير. وتقبل شهادة من اختفى[٥] وجلس في زاوية مستحفياً لتحمل الشهادة، ولا تحمل على الحرص إذ[٦] الحاجة قد تدعو إليه، بأن يقر من عليه الحق إذا خلا به المستحق، ويجحد إذا حضر غيره.

وعن مالك[٧] أنَّ المشهود عليه إن كان جلداً لاينخدع فتقبل هذه الشهادة، وإن كان ممن ينخدع، فلاتقبل، وحكى الفوراني عن مذهب مالك: أن شهادة المختشين، لا تقبل أصلاً، وأن للشافعي قولاً في القديم مثله[٨]. وأن على المذهب الصحيح[٩] يستحب أن يخبر الخصم أني شهدت عليك حتى لايبادر إلى تكذيبه إذا شهد فيعزره القاضي. ولو قال: رجلان لثالث: توسط بيننا لنتحاسب ونتصادق على أن لا تشهد علينا بما يجري فهذا الشرط لاغ، وله بل عليه أن يشهد بما علم.

[فصل: في شهادة الحسبة]

(قال: [الغزالي] وتقبل شهادة الحسبة ابتداء فيما لله تعالى فيه حق[١٠] مؤكد

(١) "عليه" ليست في ب، ز، ظ.

(٢) "وعلى وجه" ليست في: ز.

(٣) "فتقبل" ليست في: ز. وفي ب: "تقبل".

(٤) في: ظ "في كون".

(٥) في. : "اختبأ".

(٦) في: أ "أو".

(٧) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٥.

(٨) في: ب "قولاً مثله في القديم".

(٩) انظر: الروضة ٢٤٣/١١، ومغني المحتاج ٤٣٧/٤.

(١٠) في ز : "فيه حق لله تعالى".

كالطلاق، والعتاق، والخلع، والعفو عن[1] القصاص، وتحريم الرضاع.

واختلفوا في الوقف على معين. وفي النسب، وفي شراء القريب الموجب للعتق). [قال الرافعي]

غرض الفصل بيان ما تقبل فيه شهادة الحسبة، وهو ما يتمحض حقاً لله تعالى، أوله فيه حقٌ مؤكدٌ لا يتأثر برضى الآدميين، فمنه الطلاق، وهل تقبل شهادة الحسبة في الخلع؟ أطلق في "التهذيب" المنع، وقال الإمام: تقبل في الفراق، ولا يثبت[2] المال. قال: ولا أُبعد ثبوته تبعاً. ولا أن يثبت الفراق دون البينونة، ومنه العتاق، ويستوي فيه العبد، والأمة.

وقال أبوحنيفة: تقبل في عتق الأمة دون العبد[3]، وتقبل في الاستيلاد. قال في "التهذيب" ولا تقبل في التدبير.

وفي تعليق العتق، وكان[4] شيخي القاضي يقول: تقبل كالاستيلاد، كأن الفرق عند من فرق أن الاستيلاد يفضي إلى العتق لامحالة.

وهما بخلافه. قال: وكذا لاتقبل شهادة الحسبة في الكتابة، وإن أدّى النجم الأخير، شهدوا على العتق، وفي شراء القريب، وجهان: في وجهٍ تقبل شهادة الحسبة، لحق العتق، والأشبه، وهو جواب القاضي الحسين: المنع. لأنهم يشهدون على الملك، والعتق شيءٌ[5] يترتب عليه[6]، وليس كالخلع، إذا قلنا: يثبت بشهادتهم الفراق دون المال، لأن المال في الخلع تابع، وفي الشراء مقصودٌ، فإثباته دون المال محالٌ. ومنه العفو عن القصاص، فالصحيح، وهو المذكور في الكتاب[7] أن شهادة الحسبة مقبولة فيه.

---

(١) في: أ "و".

(٢) في: ز "ولا تقبل في".

(٣) في: أ "الأمة" وهو خطأ.

(٤) في: أ، ب، ظ "العتق به كان" والمراد بالشيخ هنا: القاضي الحسين.

(٥) "شيء" ليست في: أ.

(٦) "عليه" ليست في: أ.

(٧) انظر: الوجيز ٢٥١/٢. والروضة ٢٤٣/١١، ومغني المحتاج ٤٣٧/٤.

وحكى القاضي أبوسعد الهروي،فيه[١] وجهاً آخر، لأن ترك القاتل الدعوى مع الحرص على الحياة يورث تهمة[٢] في شهادتهم. ومنه: تحريم الرضاع. ومنه الوقف.

فإن كان على جهة عامة،فتقبل فيه شهادة الحسبة، وكذا الوصية للفقراء، وفي الوقف على الجهات الخاصة، وجهان عن الصيدلاني: أن الجواب كذلك، وهذا ما أورده الروياني في "جمع الجوامع".

وحكى الإمام عن المعظم المنع، لتعلقه بحظوظ خاصة.

قال صاحب "الكتاب" في "الوسيط" وهو الصحيح[٣]. ومنه النسب: فعن[٤] القاضي الحسين: أنه لاتقبل فيه شهادة الحسبة، وحكم المصنف في الباب الثالث[٥] بأنه الأصح. والذي أورده الصيدلاني، وصاحب التهذيب القبول. وهو الأظهر، لأنه متعلق حقوق الله تعالى، كالطلاق والعتاق. ومنه: بقاء العدة، أو انقضاؤها، وتحريم المصاهرة، وكذا الزكوات، والكفارات[٦] والبلوغ، والكفر، والإسلام، والحدود التي هي حق الله تعالى كحد الزنا، وقطع الطريق، والسرقة، لكن الأولى فيها الستر، وفي حد السرقة.

وجه آخر مذكور في "باب السرقة"[٧]. وقال القاضي أبوسعد الهروي: ومنه الإحصان، والتعديل، لأن البحث عن حال الشهود، واجبٌ لحق الله تعالى[٨]

وأما ماهو حقُّ العباد، كالقصاص، وحد القذف، والبيوع، والأقارير، فلا تقبل فيه شهادة الحسبة، فإن لم يعلم صاحب الحق[٩]، أخبره الشهود حتى يدعي،

---

(١) "فيه" ليست في: ز.
(٢) في: ب، ظ "التهمة".
(٣) انظر: الوسيط ٣٥٩/٧، الوجيز ٢٥١/٢، والروضة ٢٤٣/١١، ومغني المحتاج ٤٣٧/٤.
(٤) في: أ "عن".
(٥) وهو "مستند علم الشاهد". انظر: الوجيز ٢٥٣/٢.
(٦) في: ز "الكفارة".
(٧) انظر: الوجيز ١٧٨/٢، والعزيز شرح الوجيز ٢٣٨/١١، والروضة ٤٨٠/١٠.
(٨) من "لأن البحث ... لحق الله تعالى" ليست في: أ، ب، ظ. والموجود "وقد ذكرناه في باب التزكية".
(٩) انظر: الروضة ٢٤٤/١١، ومغني المحتاج ٤٣٧/٤.

ويستشهدهم، ويشهدوا، هذا هو المذهب المشهور.[١].

وفيه وجهان آخران: ذكرهما الإمام في دعوى القتل: أحدهما: أنهما[٢] لاتقبل، في الدماء لخطرها.

والثاني: تقبل في الأموال أيضاً، وذكر أن صاحب "التقريب" خرجه من أحد الوجهين، في جواز انتزاع المغصوب من الغاصب، ليوصله إلى المالك، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: في باب دعوى الدم "وشهادة الحسبة لاتقبل في حقوق الآدميين[٣] في أصح الوجهين"[٤].

ثم القائلون بالقبول: منهم من أطلق، وعن الأستاذ أبي طاهر: تخصيص القبول بما إذا لم يعلم المستحق بالحق. ويجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب "فلا تقبل" في الفصل السابق.

فروع: ماتقبل فيه شهادة الحسبة، هل تسمع فيه دعوى الحسبة؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا ؛ لأن الثبوت بالبينة، وهي غنية عن الدعوى، وهذا هو الجواب في "فتاوى القفال"

والثاني: عن القاضي الحسين: أنها تسمع، لأن البية قد لاتساعده[٥] فيراد[٦] استخراج الحق باقرار المدعى عليه[٧].

---

(١) انظر: الروضة ٢٤٤/١١، ومغني المحتاج ٤٣٧/٤.

(٢) في: أ، ب، ظ "أنه تقبل" وهذا خطأ.

(٣) في: أ "الأميين".

(٤) انظر: الوجيز ١٦٣/٢، والعزيز شرح الوجيز ٦١/١١.

(٥) في: أ "تساعد".

(٦) في: أ، ب، ط "ويراد".

(٧) ورد بهامش العزيز ٣٦/١٣ التعليق الآتي: "قال الشيخ البلقيني: الأصح ماذكره القاضي الحسين، وما أعتقد أن القفال يخالف فيما إذا لم تكن بينته" وادعى العبد على السيد أنه اعتقد أن الدعوى تسمع ليحلف السيد، أو يقر، أو ينكل فترد اليمين على العبد فيحلف العبد، ويثبت العتق، وإنما كلام القفال في صورة وجود الشهود، فإن الحال حينئذٍ غني عن الدعوى بشهادتهم حسبة.

=

وشهود الحسبة يجيئون إلى القاضي، ويقولون: نشهد على فلان بكذا فأحضره[١] نشهد[٢] عليه، فإن جاؤوا، وقالوا: إن فلاناً زنى فهم قذفه.

وفي "الفتاوى": أنه لو جاء رجلان، وشهدا بأن فلاناً أخو فلانة من[٣] الرضاع، لم يكف حتى يقولا: وهو يريد أن ينكحها. وأنه لو شهد اثنان بالطلاق، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم جاء آخران، يشهدان بأُخوّة الرضاع بين المتناكحين، لم تقبل هذه الشهادة، إذ لا فائدة في الحال، ولا عبرة[٤] بقولهما: "نشهد" لئلا يتناكحا من بعد، وأن الشهادة على أنه أُعتق، إنما تسمع إذا كان المشهود عليه يسترقُّ من أعتقه، وهذه الصورة تُفْهِمُ أن شهادة الحسبة، إنما تسمع عند الحاجة، ولو جاء عبدا إنسان إلى القاضي، وقالا: إن سيدنا أعتق أحدنا، وقامت على مايقولان بينةٌ، سمعت، ولو[٥] كانت الدعوى فاسدةً، لأن البينة على المُعْتق[٦] مستغنية عن تقدم الدعوى.

وليُعلم من لفظ الكتاب قوله: "والعتاق" بالحاء، وقوله: "والعفو عن القصاص، بالواو، ولما بيّنّاه".

[فصل: في شهادة البدوي على القروي والقروي على البدوي]

(قال [الغزالي]: وتقبل شهادة البدوي، على القروي، والقروي على البدوي، وشهادة المحدود في القذف إذا تاب)[٧]

[قال الرافعي] تكلم في الصفات المعتبرة في الشهود، وبين[٨] في خلالها مايمنع

= وقد يقول القفال: ليس هذه دعوة حسبة، بل هي دعوى المظلوم بالرق، أو يحمل كلام القفال على حدود الله تعالى، فأما الطلاق فإنه تسمع دعوى الزوجة فيه بلا خلاف، وكذلك دعوى العبد العتق. انتهى، ووافق صاحب الخادم شيخه البلقيني".

(١) في: أ، ب، ظ "وأحضره".

(٢) في: أ، ب، ظ "لنشهد".

(٣) في: أ، ب، ظ "في".

(٤) في: أ، ب، ظ "في الحال" بقولهما، ولا عبرة بكونهما نشهد".

(٥) في: ز "وإن".

(٦) في: أ، ب، ظ "العتق".

(٧) "إذا تاب" ليست في: ز.

(٨) في: أ "تبين".

قبول الشهادة، تكلم في أمور ظن ظانون أنها من موانـع القبـول. منهـا شـهادة البـدوي على القروي، وبالعكس: مقبولة، وقال أحمد(١): لا تقبل شهادة البدوي على القـروي، وبه قال مـالك(٢): إلا في القتـل، والجراحـات، قـالا: لأن القـروي، لايخـرج إلى الباديـة للإشهاد، لكن البدوي، قد يدخل القرية، فيشهد. والأمر في هذا لاينضبط.

ومنها: شهادة المحدود في القذف، وغيره بعد التوبة مقبولة في جنس ما حـدَّ بـه، وفي غيره. وعند أبي حنيفـة: شـهادة المحـدود في القـذف: لاتقبـل، وإن تـاب(٣). وقـال مالك: "كل من حدَّ في معصية، لم تقبل شـهادته، فيمـا حـدَّ فيـه"(٤) ومـن هـذا القبيـل شهادة ولد الزنا مقبولة.

ويجوز أن يكون قاضيـاً، لكـن لايمكـن أن يكـون إمامـاً، لأن النسـب شـرط في الإمامة. وقال مالك: لاتقبل(٥) شهادة ولد الزنا في الزنا"(٦).

[شهادة الأخرس]

واعلم أن شهادة الأخرس، الذي لايعقل الإشـارة، لا اعتبـار بهـا، فـإن(٧) كـان يعقل الإشارة، فقولان عن تخريج ابن سريج أحدهما: أنها مقبولة اعتماداً على الإشارة، كما في عقوده، ويُحْكى هذا عن مالك، واختيار الحناطي، والقاضي أبي الطيب.

والثاني: المنع، لأن الإشارة، لا تصرح وإنما تفيد ظناً، ونحن في غنية عن شـهادته بشهادة غيره، وتُخَرَّج عليـه عقـوده، وهـذا أظهـر عنـد الأكـثرين، منهـم ابـن القـاص، والشيخ أبوحـامد، وبـه قـال أبوحنيفـة(٨)، وأحمـد(٩)، وإيانـا(١٠). وعلـى هـذا فتعتـبر في

(١) "المذهب قبولها، وعنه لاتقبل". انظر: المقنع ص ٣٤٨، والانصاف ١٢/٦٤.
(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٤، وانظر: التاج والإكليل ٦/١٦٧.
(٣) انظر: الهداية ٣/١٢٢.
(٤) انظر: المصدر السابق، وانظر: مواهب الجليل ٦/١٦١ و ١٦٢.
(٥) انظر: المصدر السابق.
(٦) "في الزنا" ليست في: ب، ظ.
(٧) في: ز "وإن".
(٨) انظر: الهداية ٣/١١٨.
(٩) انظر: المقنع ص ٣٤٦.
(١٠) "إيانا" ليست في: ز. وانظر: الروضة ١١/١٤٥.

الشاهد وراء الصفات المذكورة. في أول الباب: أن يكون ناطقاً. وذكر أبوالقاسم الصيمري. في "مختصر جمعه" في أحكام الشهادات: أنه لاتجوز شهادة المحجور عليه بالسفه، فإن كان كذلك زادت صفة أخرى. وا لله أعلم.

[فصل: في توبة القاذف وسائر أنواع الفسق]

(قال [الغزالي]: ويكفيه[1] أن يقول: تبت، ولا أعود، إلا إذا أقرَّ على نفسه بالكذب، فهو فاسق، يجب استبراؤه، ككل[2] فاسق يقول: تبت فإنه لايُصَدَّقُ حتى يستبرأ مدة، فيعلم بقرائن الأحوال، صلاح سريرته).

ماهي التوبة وأنواعها

[قال الرافعي] أخذ في الكلام في توبة القاذف، ثم اختلط به الكلام في التوبة عن سائر أنواع الفسق، ووجه الحاجة إليه بَيِّنٌ، فإن من لاتقبل شهادته لفسقه[3] تقبل شهادته[4] إذا تاب، وظهر إعراضه عما كان فيه، فيجب معرفةُ أن التوبة ماهي، وبما تحصل؟ قال علماء الأصحاب: التوبة تنقسم إلى ماهي بين العبد[5] وبين ا لله تعالى، وهي التي يندفع بها الإثم، وإلى توبة في الظاهر وهي التي تتعلق بها عدد الشهادات، والولايات.

وبما تحصل التوبة

أما التوبة الأولى: فهي: أن يندم على مامضى، ويترك مثله في الحال ويعزم على أن لايعود إليه، ثم إن كانت المعصية، لا يتعلق بها حق ا لله تعالى، ولا العباد، كوطيء الأجنبية فيما دون الفرج، وتقبيلها، فلا شيء عليه سوى ذلك، وإن تعلق بها حق مالي، كمنع الزكاة، وكالغصب، والخيانات[6] في أموال الناس، فيجب مع ذلك تبرئة الذمة عنه بأن يؤدي الزكاة، ويرد أموال الناس، إن بقيت، ويغرم بدلها إن لم تبق، أو يستحلّ فيبرئه المستحق، ويجب أن يخبر المستحق إن لم يعلم به، وأن يوصله إليه إذا كان غائباً،

---

(١) في: أ "وكيفيته".
(٢) في: أ، ب، ظ "وكل".
(٣) في: أ، ب، ظ "لفسق".
(٤) "تقبل شهادته" ليست في: ب، ز ، ظ.
(٥) في: ز "بين العبد وربه".
(٦) في: أ "الخيانات".

إن قد غصبه منه هناك[1] ونقلـه، فـإن مـات سـلمه إلى وارثـه، فـإن لم يكـن وارث، أو غاب، وانقطع خبره، دفعه إلى قاضٍ، يعرف حُسْنَ سيرته، وديانته، فإن تعذر، تصدق به على الفقراء بنية الغرامة له، ذكره العبادي في الرقم" وصاحب "الكتاب" في غير الكتـب الفقهية[2]، فإن[3] كان معسراً، نوى[4] الغرامة إذا قدر، فإن مات قبل أن يقدر، فالمرجو من فضل الله تعالى "المغفرة"[5] وإن تعلق بالمعصية حق ليـس بمـالي: فـإن كـان حـداً لله تعالى. كما لو زنى، أو شرب، فإن لم يظهر، فيجوز أن يظهـره، ويقـرَّ بـه، ليقـام عليـه الحد، ويجوز أن يستُر على نفسه، وهو الأولى. وإن ظهر، فقد فات السـتر فيـأتي الإمـام ليقيم عليه الحد. قال: في "الشامل" إذا تقادم عليه[6] العهد. وقلنا: إنه يسقط الحـد. وإن كان حقاً للعباد، كالقصاص وحد القذف، فيأتي المستحق، ويمكنه من الاستيفاء، فإن لم يعلم المستحق، فيجب في القصاص أن يُخبرهُ، ويقـول: أنـا الـذي قتلـت أبـاك، ولزمـني القصاص فإن شئت فاقتص، وإن شئت فـاعف. وفي حـد القـذف هـل يخبره؟ ذَكَـرَ في "الكتـاب"[7] في أول "اللعـان". تـردداً. في أنـه إذا أتـى ببعـض كنايـات القــذف، وأراد القذف، و لم يُحلِّفـهُ المقـذوف علـى النيـة[8]، فيخـير المقـذوف، أو يخفيـه، ولا يؤذنـه[9] وجواب العبادي وغيره هاهنا: أنه يخبره عن القذف، كما في حق القصاص، وفي مثله في الغيبة.

إذا كـان الذنـب حـداً لله تعـالى أو حقاً للعباد

---

(١) في: ب، ظ "هناك".

(٢) انظر: إحياء علوم الدين ٤/٤ و ٨، والروضة ٢٤٩/١١ و ٢٥٠.

(٣) في: أ، ب، ظ "وإن"

(٤) في: أ "ونودي".

(٥) قال النووي: "ظواهر السنن الصحيحة تقتضي ثبوت المطالبة بالظلامة، وإن مات معسـراً عـاجزاً إذا كان عاصياً بالتزامها، فأما إذا استدان في مواضع يباح له الاستدانة، واستمر عجزه عن الوفاء حتى مات، أو أتلف شيئاً خطأ، وعجز عن غرامته حتى مات. فالظاهر أن هذا لامطالبة في حقه في الآخرة، إذ لا معصية منه، والمرجو أن الله تعالى يعوض صـاحب الحق، وقـد أشـار إلى هـذا إمام الحرمين في أول كتاب النكاح: وتباح الاستدانة لحاجة في غير معصيـة ولا سـرف إذا كـان يرجو الوفاء به جهة، أو سبب ظاهر"ا نظر الروضة ١١/٢٤٦ .

(٦) "عليه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) الوجيز ٨٥/٢.

(٨) في: أ "البينة".

(٩) انظر: الروضة ٢٤٧/١١، ومغني المحتاج ٤٣٩/٤.

رأيت في فتاوي "الحَنَّاطِيّ" أنها إذا لم تبلغ المغتاب، كفى الندم، والاستغفار، وإذا بلغته، أو طرد طاردٌ قياس القصاص، والقذف فيها، فالطريق: أن يأتي المغتاب، ويستحل منه، فإن تعذر بموته، أو عسر لغيبته، الشاسعة، فيستغفر الله تعالى، ولا اعتبار بتحليل الورثة، كذا ذكره الحَنَّاطِي، وغيره. توبة المغتاب

قال العبادي: والحسد كالغيبة وهو أن يهوى زوال نعمة الغير، ويُسرُّ ببليته، فيأتي المحسود، ويخبره بما أضمره ويستحلّه[1]، ويسأل الله تعالى: أن يزيل عنه هذه الخلة، وفي إلزام الأخبار عن مجرد الإضمار بُعدٌ[2]. توبة الحاسد

فرع: سئل أبوعبدالله الحَنَّاطي: عمن قصر فيما[3] عليه من الدَّين، والمَظْلَمة، ومات المستحِق، واستحقه وارث بعد وارث يتعلق به في الآخرة صاحب الحق أولاً، أو الأخير من ورثته، وورثة ورثته؟ توبة من قصَّر فيما عليه من الدّين والمظلمة

فقال: يرثه الله تعالى بعد موت الكل وتُرَدُّ[4] إليه في القيامة[5].

وحكى وجهاً آخر عن الأصحاب: أنه[6] لآخر من مات من الوارثين وفي "الرقم" أنه يُكْتَبُ الأجرُ لكل وارثٍ مدة عمره، ثم يكون الثواب لمن بعده. ولو دفع إلى بعض الوارثين عند إنتهاء الاستحقاق إليه خرج عن المظلمة إلا بما سوَّفَ وماطل.

[فصل في التوبة الظاهرة وأنواع المعاصي]

وأما التوبة الظاهرة، فالمعاصي تنقسم إلى: فعلية، وقولية: أما الفعلية: كالزنا، والسرقة، والشرب والغصب[7]، فإظهار التوبة عنها: لايكفي في قبول الشهادة، وعود الولاية، لأنه لايؤمن أن يكون له في الإظهار غائلةٌ وغرضٌ فاسدٌ، فيختبر مدة يَغْلُبُ

(١) في: ز "يستقبله" خطأ.

(٢) قال النووي في الروضة ١١/٢٤٧، "المختار. بل الصواب: أنه لايجب إخبار المحسود، بل لايستحب، ولو قيل: يكره لم يَبْعُدْ". وانظر: مغني المحتاج ٤/٤٤٠.

(٣) في: أ "مما".

(٤) في: ز "ويرده".

(٥) في: أ "القيمة".

(٦) "أنه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) "الغصب" ليست في: أ، ب، ظ.

على الظن فيها: أنه قد أصلح عمله، وسريرته، وأنه صادق في توبته، وهل تتقدر تلك المدة؟ قال قائلون: لا، إنما المعتبر حصول غلبة الظن بصدقه، ويختلف الأمر فيه بالأشخاص، وأمارات الصدق، وهذا ما اختاره الإمام والعبادي، وإليه أشار صاحب الكتاب[١] بقوله "حتى يستبرأُ مدة فيعلم إلى آخره".

وذهب آخرون إلى تقديرها، وفيه وجهان. قال: أكثرهم: يُستبرأ سنة[٢]، فإن لمضي الفصول الأربعة أثراً[٣] بيناً في تهييج النفوس، وانبعاثها لمشتهياتها[٤]، فإذا مضت على السلامة أشْعَرَ ذلك بحسن السريرة، وقال جماعة تكفي ستة أشهر لظهور عَوْدِهِ[٥]، إن كانت، ونسبوا ذلك إلى النص[٦].

وأما القولية فمنها: القذف، ولابد من التوبة عنه بالقول، كما أن التوبة عن الردة بكلمتي الشهادة. قال الشافعي: في[٧] "المختصر"[٨] والتوبة "إكذابُهُ نفسه" فأخذ الإصطخري بظاهره، وشرط أن يقول: كذبت فيما قذفته به[٩]، ولا أعود إلى مثله لما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: "توبة القاذف إكذابه نفسه"[١٠].

---

(١) انظر: الوجيز ٢٥٢/٢.

(٢) انظر: المهذب ٤٢٣/٢، والتنبيه ص ٢٧٠.

(٣) في: ب، ظ "تأثيراً".

(٤) في: أ "لمشتهاتها".

(٥) في: أ "عوره".

(٦) انظر: الأم ٢٠٩/٦، والمهذب ٤٢٣/٢، والوجيز ٢٥٢/٢، والروضة ٢٤٨/١١، ونهاية المحتاج ٢٩١/٨.

(٧) في: ب، ظ "قال الشافعي وتوبة القاذف".

(٨) انظر: المختصر ص ٣٠٤.

(٩) "به" ليست في: أ.

(١٠) حديث "توبة القاذف ..."

قال عنه الحافظ في التلخيص ٢٠٤/٤ "لم أره مرفوعاً، وفي البخاري معلقاً عن عمر: أنه قال لأبي بكرة: تب ، نقبل شهادتك»ووصله البيهقي كما سيأتي في آخر الباب، وفيهما أيضاً عن أبي الزناد قال: والأمر عندنا إذا رجع عن قوله وأكذب نفسه، واستغفر ربه، قبلت شهادته".

وانظر: البخاري ١٥٠/٣، كتاب الشهادات، باب شهادة القاذف، بلفظ "... من تاب قبلت شهادته ...".

ويحكى هذا عن أحمد[١]، قال أبوإسحاق[٢]، وابن أبي هريرة، والجمهور[٣]: لايكلف أن يقول: كذبتُ، فإنه قد يكون صادقاً فكيف يأمره بأن يكذب، ولكن يقول: القذفُ باطلٌ، وإني نادمٌ على مافعلت، ولا أعود إليه، أو يقول: ماكنت محقاً في قذفي، وقد تبت منه، وما أشبه ذلك.

والخبر محمول على الرجوع والإقرار ببطلان ماصدر منه، فإنه نوع إكذاب، وكذلك لفظ الشافعي[٤]، وقد قال: عقب ماحكاه[٥]، والتوبة منه أن يقول: "القذف باطل" كأنه جعل هذا اللفظ توبة، ولا فرق في ذلك بين القذف على سبيل السب والإيذاء، وبين القذف على صورة الشهادة، إذا لم يتم عدد الشهود إن قلنا بوجوب[٦] الحد على من شهد، فإن لم نوجب فلا حاجة بالشاهد إلى التوبة، ويشبه أن يشترط في هذا الإكذاب جريانُهُ بين يدي القاضي، ثم إذا تاب بالقول فهل يستبرأ المدة[٧] المذكورة، إذا عُرِفَ عدلاً إلى أن قَذَف[٨]؟ يُنظر إن كان القذف على صورة الشهادة، فلا حاجة إليه، وحكى الإمام طريقة أخرى، أنه على قولين[٩]، كما سنذكر في القذف على صورة السبب والايذاء. والظاهر الفرق، فإن ذلك[١٠] فسقٌ مقطوع به، والفسق عند الشهادة غير مقطوع به، ولهذا تقبل رواية من شهد بالزنا، وإن لم يتب، ألا ترى أنهم كانوا يَرْوُون[١١] عن أبي بكرة الثقفي[١٢] رضي الله عنه، ولم يتب، ورواية من

---

(١) انظر: المقنع ص ٣٤٧.
(٢) "أبواسحاق" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) انظر: المختصر ٣٠٤، والمهذب ٤٢٣/٢، والروضة ٢٤٨/١١، ومغني المحتاج ٤٣٩/٤.
(٤) انظر: الأم ٢٠٩/٦، والمختصر ص ٣٠٤.
(٥) في: أ، ب، ظ "عقيب ماحكيناه"
(٦) في أ : "يوجب".
(٧) في: أ "الذمة".
(٨) في: أ "يقذف".
(٩) في: أ "القولين".
(١٠) "ذلك" ليست في" أ.
(١١) في: أ "يَرْوُن".
(١٢) هو: نفيع بن الحارث، ويقال: ابن الحرث، ويقال: ابن مسروح بن كلدة الثقفي، مشهور بكنيته "أبوبكرة". وكان تَدَلَّى إلى النبي ﷺ من حصن الطائف ببكرة، فاشتهر بأبي بكرة،
=

قذف سباً غير مقبولة، ويتأيد ذلك بقول عمر رضي الله عنه في القصة المشهورة، لأبي بكرة "تب أقبل شهادتك"[١] وإن كان قذفَ سبٍ وإيذاء، فظاهر نص "المختصر"[٢] أنه لايشترط الاستبراء، وتقبل شهادته في الحال، وعن نصه في "الأم"[٣] أنه يشترط، وفيهما طريقان:

الأشهر: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه[٤] لايشترط، لأن القاذف يحتمل أن يكون صادقاً، فلا حاجة فيه[٥] إلى التشديد والاحتياط، ويحكى هذا عن أحمد[٦].

وأصحهما: الاشتراط على ماقال تعالى: ﴿**إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا**﴾[٧] وصار كما في سائر المعاصي، ونزلهما منزلون على حالين، وذكروا للتنزيل وجوهاً.

أحدها: حمل ما في "المختصر"[٨] على ما إذا لم يصرح بتكذيب نفسه، وحمل مافي "الأم"[٩] على ما إذا صرَّح.

= كان من فضلاء الصحابة، وسكن البصرة، وأنجب أولاداً لهم شهرة، ومات بالبصرة سنة إحدى وخمسين. رضي الله عنه وأرضاه.
انظر ترجمته في: الإصابة ٥٧١/٣ و ٥٧٢، والإستيعاب ٥٦٧/٣ و ٥٦٨.

(١) خبر عمر رضي الله عنه "تب أقبل شهادتك".
أخرجه البخاري في صحيحه ١٥٠/٣، كتاب الشهادات، باب شهادة القاذف بلفظ "وجلد عمر أبا بكرة، وشِبْلَ بنَ مَعْبَدٍ، ونافعاً بقذف المغيرة، ثم استتابهم، وقال: من تاب قبِلْتُ شهادته.
وأخرجه الشافعي في الأم ٢٠٩/٦، وانظر المختصر ص ٣٠٤، بلفظ " أن عمر قال لأبي بكرة "تب تقبل شهادتك، أو قال إن تبت قبلت شهادتك".
وانظر: البدر المنير ٤٤٨/٢، والتلخيص ٢٠٧/٤.

(٢) انظر ص ٣٠٤.

(٣) انظر ٢٠٩/٦.

(٤) "أنه" ليست في: ب، ظ.

(٥) "فيه" ليست في: أ.

(٦) انظر: المقنع ص ٣٤٧.

(٧) سورة النور، من آية ٥.

(٨) ص ٣٠٤.

(٩) ٢٠٩/٦.

والثاني: حمل الأول[١] على ما إذا طال الزمان، بعد القذف، وحسنت السيرة، ثم تاب بالقول: وحمل الثاني على ما إذا لم يطل،

والثالث: حمل الأول على ما إذا جاء شاهداً، أو لم يتمَّ العدد.

وحمل الثاني: على ما إذا قذف على سبيل السب، والإيذاء.

واعلم أن اشتراط التوبة بالقول في القذف، لا وضوح له، وإلحاقه بالردة تشبيه مجرد لا توجيهٌ مقنعٌ، وليس اشتراط كلمتي الشهادة مخصوصاً بالردة القوليةُ. فإن الردة الفعلية كإلقاء المصحف في القاذورات، يُشترطُ فيها كلمتا الشهادة أيضاً، وبالجملة فلم يشترط في القول: أن يقول: ماكنت محقاً في قول كذا، ولا[٢] يشترط في الفعل: أن يقول ماكنت محقاً، في فعل كذا، وما السبب الفارق؟. ثم قضية ماقيل[٣] في القذف أن يشترط التوبة بالقول في سائر المعاصي القوليه، كشهادة الزور، والغيبة والنميمة، وقد صرح صاحب "المهذب"[٤] بذلك في شهادة الزور فقال: التوبة عنها بأن[٥] يقول: كذبت فيما قلت[٦]، ولا أعود إلى مثله". والله أعلم. وأعلم قوله في الكتاب: أن يقول: "ويكفيه أن يقول تُبت" بالواو لوجه الاصطخري، حيث لم يكتف بذلك، واعتبر أن يقول: كذبت، وقوله "يجب استبراؤه بالألف لما تقدم.

فروع[٧]: حكى الإمام وجهاً[٨]: فيمن قذف، وأتى بالبينة على زنا المقذوف. أنه لا تقبل شهادته، لأنه ليس له أن يقذف ثم يأتي بالبينة، بل كان ينبغي أن يجيئ مجيء الشهود[٩].

---

(١) في: أ "حمل على الأول".

(٢) في: ب، ظ "فلا".

(٣) في: ب، ظ "مايقول".

(٤) في: أ "التهذيب". وانظر: المهذب ٢/٤٢٣.

(٥) في: أ، ب، ظ "أن".

(٦) في: أ، ب، ظ "فعلت".

(٧) في: أ "فرع".

(٨) في: ز "وجهان".

(٩) انظر: نهاية المطلب ٢٧/ لوحة ١٤٦.

والأصح: أنها تقبل[1]، لأن صدقه قد تبين بالبينة، وكذا الحكم لو اعترف المقذوف، وكذا لو قذف زوجته، ولاعن، ولا فرق في رد الشهادة، وكيفية التوبة بين أن يقذف محصناً، أو غير محصنٍ، حتى لو قذف عبد نفسه، ترد شهادته، ويكفي تحريم القذف سبباً للرد، وشاهد الزور يستبرأ كسائر الفسقة، فإذا ظهر صلاحه، قبلت شهادته في غير تلك الواقعة، ومن غلط في الشهادة، فلا حاجة إلى استبرائه، وتُقْبَل شهادته في غير واقعة الغلط، ولا تقبل فيها. ذكره في "التهذيب"[2].

[فصل: إذا ظهر للقاضي بعد الحكم أنه قضي بشهادة اثنين خطأ]

(قال [الغزالي]: وإن ظهر للقاضي بعد الحكم[3] أنه قضى / بقول عبدين أو كافرين أو صبيين نقض الحكم، وإن كان بقول فاسقين نقض أيضاً، على أظهر (٥١٣/ز)

---

(١) انظر: الروضة ٢٤٩/١١.

(٢) قال النووي في المصدر نفسه: "التوبة من أصول الإسلام المهمة، وقواعد الدين، وأول منازل السالكين، قال الله تعالى ﴿وتوبوا إلى الله جميعاً أيها المؤمنون] فالتوبة من المعصية واجبة على الفور بالاتفاق، وقد تقدمت صفتها، وتصح التوبة من ذنب وإن كان ملابساً ذنباً آخر مصراً عليه، ولو تاب من ذنب، ثم فعله مرة أخرى، لم تبطل التوبة، بل هو مطالب بالذنب الثاني دون الأول، ولو تكررت التوبة، ومعاودة الذنب، صحت: هذا مذهب الحق في المسلمين، خلافاً للمعتزلة. قال إمام الحرمين في "الإرشاد" والقتل الموجب للقود تصح التوبة منه قبل تسليم القاتل نفسه ليقتص منه، فإذا ندم صحت توبته في حق الله تعالى، وكان منعه القصاص من مستحقه معصية مجددة، ولا يقدح في التوبة، بل يقتضي توبة منها. ومن تاب عن معصية ثم ذكرها. قال الإمام القاضي أبوبكر الباقلاني - رحمه الله - يجب عليه تجديد الندم عليها كلما ذكرها إذ لو لم يندم، لكان مستهيناً بها، وذلك ينافي الندم. واختار إمام الحرمين أنه لايجب ولا يلزم من ذكرها بلا ندم الإستهانة، بل قد يذكر، ويعرض عنها. قال: وإذا لم يجدد التوبة كان ذلك معصية جديدة، والتوبة الأولى صحيحة؛ لأن العبادة الماضية لاينقضها شيء بعد فراغها، قال: فيجب تجديد توبته عن تلك المعصية، وتجب توبة من ترك التوبة إذا حكمنا بوجوبها. قال الإمام: وإذا أسلم الكافر، فليس إسلامه توبة عن كفره، وإنما توبته ندمه على كفره، ولايتصور أن يؤمن ولايندم على كفره، بل تجب مقارنة الإيمان للندم على الكفر، ثم وزر الكفر يسقط بالإيمان، والندم على الكفر بالإجماع، وهذا مقطوع، وماسواه من ضروب التوبة، فقبوله مظنون غير مقطوع به، وقد أجمعت الأمة على أن الكافر إذا أسلم وتاب عن كفره، صحت توبته، وإن استدام معاصي أخر، هذا كلام الإمام: وهذا الذي قاله إن القبول مظنون هو الصحيح. وقال جماعة من متكلمي أصحابنا: هو مقطوع" أ.هـ.

(٣) "بعد الحكم" ليست في: ز.

القولين، إلا أن يفسق بعد الحكم، فلا يُقَدَّرُ استناد الفسق إلى الماضي على أصح الرأيين).

[قال الرافعي]: إذا حكم القاضي بشهادة اثنين، ثم بان له أنهما كانا عبدين أو كافرين، أو صبيين، أو امرأتين، فينتقض حكمه، لأنه تَيقَّن الخطأ، في الحكم، كما حكم باجتهاده، ثم بان النص بخلافه، ولو تبين لقاض آخر أنه حكم بشهادتهما نقض حكمه أيضاً، واعتُرِض عليه، بأن العلماء اختلفوا في قبول شهادة العبيد[1] فلم ينقض الحكم في محل الاختلاف، والاجتهاد، وأجيب عنه بأن الفرض فيمن لايعتقد الحكم بشهادة العبدين، وحكَم بشهادةِ اثنين ظنهما حرين، ولا اعتداد بمثل هذا الحكم، وأيضاً فإنما لاينقض الحكم إذا لم يخالف القياس الجلي، وهذا يخالفه، فإن[2] العبد ناقصٌ في الولاية، وسائر الأحكام، فكانت الشهادة في معناها، وإنْ بان أنه حكم بشهادة فاسقين نص في "المختصر"[3] على أنه ينقض أيضاً[4]، قال المزني: وقال في موضع آخر إن المشهود عليه، إذا طلب الجرح مكّنه منه، وأمهله مدة قريبة، فإن لم يأت بالجرح في المدة، وأتى به بعدها، لم يرد الحكم عنه، وهذا يُشعِر بأنه لا تُقبل البينة القائمة على الفسق بعد ذلك، فلا ينقض الحكم الأول، وللأصحاب فيهما طريقان:

أشهرهما: أن المسألة على قولين، وبه قال: ابن سريج.

أحدهما: أنه[5] لاينقض الحكم الأول، فإن فسقهم إنما يُعرفُ ببينة تقوم عليه، وعدالة تلك البينة، لا تُدرَكَ إلا بالاجتهاد، والاجتهاد، لايُنقض بالاجتهاد، وهذا يوافق

---

(١) في: أ، ب، ظ "العبد".

(٢) في: ز "لأن".

(٣) ص ٣١٣.

(٤) ورد بهامش العزيز ٤٣/١٣ "قال في الخادم: صورة المسألة ما إذا كان الفسق ظاهراً غير مجتهد فيه، فإن كان مجتهداً فيه كشرب النبيذ، فلا خلاف أنه لا ينقض لأن الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد، كذا قاله القاضي، والبغوي وأبومحمد الجويني في مختصره والغزالي في الخلاصة، وأشار إليه الرافعي في أنهم نزلوا النص بالمنع على ما إذا شهد على فسق مجتهد فيه كشرب النبيذ".

(٥) من قوله "فلا ينقض ... أحدهما" ليست في: ز.

مذهب أبي حنيفة[١]، لأنه[٢] لايسمع بينة الفسق على الشاهدين.

وأصحهما[٣]. النقض كسائر المسائل المذكورة وبل أولى، لأن اعتبار العدالة منصوص عليه. قال الله تعالى ﴿**إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا**﴾[٤]. والقول: بأن عدالة الشهود تدرك بالاجتهاد، ولا تقدحُ، كما أن خبر الواحد العدل، ينقض به الحكم، وإن كانت عدالته لاتدرك، إلا بالاجتهاد، وكما لو بان كون الشاهدين صبيين[٥]، أو كافرين.

والطريق الثاني: القطع بالنقض، وحمل ماقاله في الموضع الآخر على ما إذا شهدوا على الفسق مطلقاً، ولم ينصُّوا على فسقه يوم الحكم، فلا يُنقضُ به الحكم الأول[٦] لاحتمال حدوثه بعد الحكم، أو على ما إذا شهدوا على فسق مجتهد فيه، كشرب النبيذ، ولو سمع القاضي شهادة شاهدين عدلين، ثم فسقا قبل أن يحكم بشهادتهما، لم يجز الحكم، لوقوع الريبة، فإن الفسق يخفى غالباً، فربما كانا فاسقين يوم الشهادة، ولو ارتدا فكذلك[٧]، لأن الردة توقع الريبة أيضاً، وتُشْعِرُ بِخُبْثٍ كامنٍ، وفيها وجهان آخران:

أحدهما: أن حدوثها لايمنع الحكم بشهادتهما المسموعة.

والثاني: عن الداركيِّ: الفرق بين أن يرتد إلى كفر يستسر أهله به فيكون كالفسق أو إلى غيره.

ولو شهدا عنده في حدٍّ، أو مال، [ثم عميا] أوجُنَّا أو عَمِياً أو خَرِسَا، لم يمنع حدوث هذه الأحوال الحكم بشهادتهما، لأنهما لاتوقع ريبة فيما مضى، ويجوز أن يقع التعديل بعد

---

(١) انظر: الهداية ١٢٢/٣.

(٢) في: أ، ظ "أنه" وهو خطأ.

(٣) في: أ "أصحها".

(٤) سورة الحجرات من آية ٦.

(٥) في: أن "عبدين" وفي: ز "غير واضحة".

(٦) "الأول" ليست في: ب، ز ، ظ.

(٧) على الصحيح، ذكره النووي في الروضة ٢٥١/١١.

حدوثها، وأَلْحَقَ المزني[١]: ظهور الفسق والردة بعروض هذه الأحوال، ولم يجعلهما[٢] مانعين من الحكم، ولو فسق الشاهدان، أو ارتدا بعد الحكم[٣] والاستيفاء لم يؤثر بحال، ولو فسقا، أو ارتدا بعد الحكم، وقبل الاستيفاء، فهو كرجوع الشاهدين بعد الحكم، وقبل الاستيفاء، وفيه تفصيل واختلافٌ نذكره في باب الرجوع. والأصح أنه لا أثر له في المال، بل يستوفي، ولا يقَدَّرُ استناد الفسق بعد نفوذ الحكم[٤] إلى القاضي[٥]، وهذه الصورة هي التي عناها في الكتاب[٦]، بقوله "إلا أن يفسق بعد الحكم، فلا يقدر إلى آخر".

وأصحاب الطريقة القاطعة بالنقض، فيما إذا بان أنه حكم بشهادة فاسقين منهم: من يُنزل الخلاف على هذه الصورة.

ويجوز أن يعلم قوله: "نقض" بالحاء، وقوله: "على أظهر القولين" بالواو لما بيناه.

فروع: قال القاضي بعد الحكم بشهادة شاهدين، قد بان لي أنهما كانا فاسقين، ولم تظهر بينة تشهد بفسقهما، وقال صاحب "الكتاب" في الفتاوى: إذا لم يُتَّهَمُ في قضائه بعلمه[٧] مُكنَّ من ذلك أيضاً. قال: "ولو قال: أكرهني السلطان على الحكم بقولهما، وكنت أعرف فسقهما، قُبِلَ قوله من غير بينة إكراه[٨]. ولو بان بالبينة أن الشاهدين كانا والدين للمشهود له، أو[٩] ولدين، أو عدوين للمشهود عليه فكذلك ينقض الحكم. والله أعلم.

---

(١) انظر: المختصر ص ٣١٣.
(٢) في: أ "تجعلها".
(٣) "لو فسق الشاهدان ... بعد الحكم" ليست في ظ.
(٤) في: ز "استناد الحكم بعد نفوذ الفسق".
(٥) في: أ، ز، ب "الماضي".
(٦) انظر: الوجيز ٢/٢٥١، والروضة ١١/٢٥١، ومغني المحتاج ٤/٤٣٨.
(٧) في: ب، ظ "لعلمه".
(٨) في: أ، ب، ظ "الإكراه".
(٩) في: أ "ووالدين".

[الباب الثاني في العدد المعتبر في الشهادة والذكورة]

(قال [الغزالي]: الباب الثاني في العدد والذكورة.

ولاتثبت بشهادة واحدٍ، إلا في هلال رمضان على رأيٍ. ولكن[1] للشهادات ثلاث مراتب. الأولى: في الزنا[2]، ويجب فيه أربعة عدول، فيشهدون: أنه أدخل فرجه في فرجها، كالمرود في المكحلة، وهل يجوز للعدل، النظر[3] إلى العورة قصداً لتحمل الشهادة. فيه ثلاثة أوجه: في الثالث لايجوز لشهادة الزنا، ويجوز في عيوب النساء، وغيرها، وهل يثبت الإقرار بالزنا، بشاهدين أم لابد من أربعة؟ فيه قولان، وإن لم نوجب باللواط، إلا التعزير، فهل نحتاج إلى أربعة؟ فيه قولان).

[قال الرافعي]: مقصود الباب بيان العدد المعتبر في الشهادات، ومواضع اعتبار الذكورة، وعدم اعتبارها.

واعلم أن قول الشاهد الواحد لايكفي للحكم[4] به، نعم قد مرَّ[5] الخلاف في أن هلال رمضان، هل يثبت بواحدٍ[6]، أم لا؟ وأنه إن ثبت، فسبيله سبيل الشهادات، أو[7] سبيل الروايات؟ فإن قلنا: لايثبت، أو يثبت وسبيله[8] سبيل الروايات فلا استثناء في[9] اعتبار العدد في الشهادات، وإن أثبتناه وجعلنا سبيله سبيل الشهادات، وهو الأصح، فهذه الصورة مستثناة عنه، ومسألة الشاهد، واليمين لا[10] ينقض قولنا: إن قول الشاهد الواحد غير مُكْتَفٍ به للحكم، وإن قيل على وجه: إن القضاء هناك

---

(١) "و" ليست في" ز.

(٢) "في" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: أ "أن ينظر".

(٤) في: ز "الحكم".

(٥) في: أ "قدم".

(٦) انظر: المختصر ص ٥٦، والمهذب ٢٤٢/١، والوجيز ١٠٠/١، والعزيز ١٧٣/٣، والروضة ٢٥٢/١١، ونهاية المحتاج ٢٩٣/٨.

(٧) في: أ، ب، ظ "أن".

(٨) في: ز "وقلنا: وسبيله".

(٩) في: أ، ز "من".

(١٠) "لا" ليست في: ب، ظ.

بالشاهد على ما سيأتي، لأن ذلك القائل لاينازع في كون اليمين شرطاً لجواز الحكم بالشاهد، فلا يكون قول الشاهد مكتفٍ به. و[١] إذا عُرِفَ ذلك، فإن صاحب "الكتاب" رتب الشهادات عدداً وصفةً على ثلاث مراتب.

[فصل: في مراتب: الشهادة الأولى: الشهادة على الزنا]

إحداها: الشهادة على الزنا، وإنما يثبت الزنا بشهادة من الرجال، قال الله تعالى ﴿**والذين يرمون المحصنات، ثم لم يأتوا بأربعة شهداء**﴾[٢]، وقال تعالى: ﴿ **لولا**[٣] **جاءوا عليه بأربعة شهداء**﴾[٤] وقال عز اسمه ﴿**فاستشهدوا عليهن أربعة منكم**﴾[٥]. وقال: سعد[٦] "يارسول الله: أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء: فقال: نعم"[٧] وعن الزهري[٨] أنه قال: "مضت السنة من رسول الله ﷺ، والخليفتين بعده أن لاتقبل شهادة النساء في الحدود"[٩]. وفي الإقرار بالزنا قولان:

---

(١) "و" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) سورة النور، آية ٤.

(٣) قوله تعالى "لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء" ليست في: ز.

(٤) سورة النور، من آية ١٢.

(٥) سورة النساء من آية ١٥.

(٦) في: أ، ب، ظ "سعد بن أبي وقاص" وهو خطأ.
قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٥/٤ "هذا من طغيان القلم.
الصواب: "سعد بن عبادة". وانظر البدر المنير ٤٤٥/٢.
وهو سعد بن عبادة بن دليم الأنصاري الخزرجي، أحد النقباء، وسيد الخزرج، وأحد الأجواد، له مناقب عدة، توفي سنة ١٥هـ وقيل غير ذلك. انظر: التقريب ٢٨٨/١.

(٧) الحديث أخرجه مالك في الموطأ ٧٣٧/١، كتاب الأقضية، باب القضاء فيمن وجد من امرأته.
الحديث: أصله في مسلم عن أبي هريرة أن سعد بن عبادة قال لرسول الله: إن وجدت ... الخ".
مسلم بشرح النووي، كتاب اللعان، ١٣١/١٠، وانظر: البدر المنير ٣٣١/٢ و ٤٤٥، وتلخيص الحبير ٨٥/٤و ٢٠٥.

(٨) هو مسلم بن عبدالله بن شهاب القرشي. الزهري، أبوبكر الفقيه الحافظ، متفق على جلالته واتقانه، توفي سنة ١٢٥هـ. انظر التقريب ٥٥٦/١.

(٩) وأثره قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٧/٤ "روى عن مالك عن عقيل عن الزهري وبهذا زاد "ولا في النكاح ، ولا في الطلاق" ولا يصح عن مالك، ورواه أبويوسف في كتاب
=

أحدهما: أنه لايثبت إلا بأربعة أيضاً، لأنه يتعلق به إقامة الحد، فأشبه نفس الزنا.
والثاني: يثبت بشاهدين، لأن المشهود عليه، قول وإقرار، فأشبه سائر الأقوال، والأقارير[١]، قال القاضي الروياني. وهذا أصح[٢]، وعن الشيخ أبي عاصم: نُقِلَ قولٌ غريبٌ: أن القذف إنما يثبت بشهادة أربعة، لأنه نسبه إلى الزنا. فكان كالإقرار. والصحيح خلافه. واللواط وإتيان البهيمة[٣]، إن أوجبنا بهما الحد، فلا يثبتان إلا بأربعة، وإن لم نوجب إلا التعزيز فوجهان.

وقال صاحب الكتاب قولان:

أحدهما الثبوت بشاهدين كسائر الجنايات، وبهذا قال ابن خيران، ويحكى عن المزني أيضاً[٤].

وأصحهما: المنع، ووجهوه بأنه إيلاج فرجٍ، في فرجٍ، فكانت الشهادة عليه كالشهادة على الزنا[٥].

ثم الفصل يشتمل على مسألتين:

إحداهما: وقد تعرض لها مرة في كتاب في باب السرقة[٦]، وليس لها اختصاص بهذا الموضع.

يشترط في الشهادة على الزنا أن يذكروا التي زنا بها، وأن يذكروا الزنا مفسراً، فيقولوا[٧]: رأيناه أدخل فرجه في فرجها كالمرود في المكحلة، أو كالرشاء في البئر، ولا يكفي إطلاق الزنا، فإنهم قد يظنون المفاخذة زناً، وقد ورد في الخبر "زنا العينين

= الخراج عن الحجاج عن الزهري، ومن هذا الوجه أخرجه ابن أبي شيبة عن حفص بن غياث عن حجاج به".

(١) في: ز "الأقارير والأقوال".
(٢) انظر: المهذب ٢/٤٢٤، والروضة ١١/٢٥٢، ومغني المحتاج ٤/٤٤١.
(٣) في: ز "البهائم".
(٤) انظر: المختصر ص ٢٦١.
(٥) انظر: الروضة ١١/٢٥٢، ومغني المحتاج ٤/٤٤١.
(٦) انظر: الوجيز ٢/١٧٧ و ١٧٨.
(٧) في: أ "فيقولون".

شروط الشهادة على الزنا

النظر"(١) وقد تكون الموطؤة أمة مشتركة بينه، وبين غيره، أو جارية(٢) ابنه، فالشاهد يظن إصابتها زناً، وليس كما إذا أدعت وطأ شبهة، وطالبت بالمهر، حيث تكفي شهادة الشهود على الوطيء، ولا يشترط أن يقولوا: رأينا ذلك منه في ذلك منها، لأن المقصود هنا: المال، فلم يلزم هذا الاحتياط.

حكم النظر إلى فرج المرأة لتحمل شهادة الزنا أو على الولادة ونحو ذلك.

الثانية: هل يجوز النظر في الفرج لتحمل شهادة الزنا، أو الشهادة على الولادة، أو شيئ من العيوب الباطنة، أو لايجوز، وإنما يشهد عليها عند وقوع النظر عليه إتفاقاً؟ فيه وجوه ذكرناها(٣) في أول النكاح. أصحهما: الجواز وهو الذي أورده صاحب الكتاب هناك في شهادة الزنا(٤) ويحكى هذا عن نص الشافعي في "أحكام القرآن" وغيره. وبه قال: أبوإسحاق وابن القاص. والثاني: المنع مطلقاً، والثالث: لايجوز لشهادة الزنا، ويجوز لغيرها، وهذه الثلاثة أوردناها هاهنا(٥). والرابع: أنه يجوز للزنا، ولايجوز لغيره، لأن الزانيين هتكا حرمتهما بالزنا - ويقال: أن أبا الطيب بن سلمة كان يقول: بهذا، ثم رجع إلى الأول.

وقوله في الكتاب "إلا في هلال رمضان" لو(٦) أُعْلِمَ بالميم لما مرَّ(٧) في الصوم جاز.

وقوله "للشهدات ثلاث مراتب، الأولى الزنا، ثم قال: الثانية، ماعدا الزنا" يعني الشهادة في الزنا، والشهادة فيما عدا الزنا، فحذف لوضوحه.

---

(١) الحديث: أخرجه البخاري في صحيحه ١٣٠/٧، كتاب الاستئذان، باب زنا الجوارح دون الفرج. حيث روى طاوس عن ابن عباس قال "مارأيت شيئاً أشبه باللمم مما قال أبوهريرة عن النبي ﷺ "إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا أدرك ذلك لامحالة، فزنا العين النظر، وزنا اللسان المنطق، والنفس تمنى، وتشتهي، والفرج بصدق ذلك كله ويكذبه".
وأخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي، كتاب القدر، باب قُدِرَ على ابن آدم حظه من الزنا، وغيره". انظر: تلخيص الحبير ٢٢٥/٣ و ٢٠٥/٤.

(٢) في: ز "أو زوجة" وهو خطأ.

(٣) في الوجيز ٣/٢، والعزيز شرح الوجيز ٤٨٢/٧، والروضة ٢٥٣/١١.

(٤) في الوجيز ١٦٩/١. وانظر: أحكام القرآن ٢/١٣٠.

(٥) في: أ "هنا".

(٦) في: أ "أو".

(٧) انظر: العزيز شرح الوجيز ١٧٣/٣، والوجيز ١٠٠/١.

وقوله: "أَدْخَلَ فرجه في فرجها" لايخفى أن الحكم منوط بقدر الحشفة، لا بجميع الفرج. وأن الشاهد يتعرض مع ذلك لكونه على سبيل الزنا، و لم يُعِدَّهُ في كلام الشهود اكتفاءً بأن[١] الكلام في الزنا، والتشبيه بالمِرْوَدِ، والمُكْحلة، زيادة بيان وليس بشرط، كذلك ذكره القاضي أبوسعدٍ[٢].

[فصل في المرتبة الثانية: الشهادة فيما ليس بمال ونحو ذلك]

(قال [الغزالي] الثانية: ماعدا الزنا مما ليس بمال، ولا يؤول إلى مال، كالنكاح، والرجعة، والطلاق، والعتق، والإسلام، والردة، والبلوغ، والولادة، والعدة، والجرح، والتعديل، والعفو عن القصاص، حتى الوصاية، والوكالة، فيثبت برجلين، ولا يثبت برجل وامرأتين، أما ما لايظهر للرجال كالولادة وعيوب النساء والرضاع، فإنه يثبت بأربع نسوة، ولا تثبت الولادة بقول القايلة وحدها).

[قال الرافعي] المرتبة الثانية للشهادة فيما ليس بمالٍ، ولا يقصد منه المال، وهو إما عقوبة، أو غيرها.

أما قسم العقوبات: فإنها لاتثبت إلا برجلين يستوي فيه حق الله تعالى، كحد الشرب، وقطع الطريق، والقتل بالردة، وحق العباد، كالقصاص في النفس، والطرف، وحد القذف، والشهادة على الإقرار بها، كالشهادة بنفسها، والتعزير كالحد، فلا مدخل[٣] لشهادة النساء فيها، لما مرَّ من حديث الزهري رضي الله عنه.

الثاني[٤]: غير العقوبات فإما أن يطلّع عليه الرجال غالباً، أو لا يطلّع ويختص معرفته بالنساء غالباً.

الضرب الأول: مايطلع عليه الرجال غالباً كالنكاح، والرجعة، والطلاق، والعتاق، والإسلام، والردة، والبلوغ، والولاء، وانقضاء العِدَّةِ وجرح الشهود، وتعديلهم، والعفو عن القصاص، وكل ذلك لايثبت إلا برجلين أيضاً، ولا تقبل فيه شهادة رجلٍ

---

(١) في: أ "بأنه".
(٢) في: أ "أبوسعيد".
(٣) في: أ ، ز "ولا مدخل".
(٤) في: ب، ظ "في غير".

وامرأتين، خلافاً لأبي حنيفة[١]. واحتج الأصحاب بقياسها على القصاص، بجامع أنَّ ذلك ليس بمالٍ، ولا المقصد منه المال، وهو مما يطلع عليه الرجال، ومن هذا الضرب الوكالة، والوصاية، وإن كانتا في المال، لأن كل واحدةٍ منهما في نفسها ولاية وسلطنةً، ومن ادعاهما[٢] فإنما يدعي ويثبت قولاً للغير لا مالاً. ومنه الإيلاء، والظهار، والموت والإعسار[٣]، والخلع من جانب المرأة، والكتابة، والتدبير، والاستيلاد إذا ادعاها المملوك، وحكى القاضي ابن كج في الكتابة وجهاً: أنه يثبت برجل ومرأتين، والشركة، والقِراضِ معدودان في "التهذيب" مما نحن فيه لأن كل واحد منهما توكيل وتفويضٌ يُصْرَفُ إلى الغير، وأدرج في "الوسيط" الشركة فيما يثبت برجل وامرأتين، والأول أظهر.

ومنه القضاء والولاية إن أَحْوجْنَا فيهما إلى البينة، والشهادة على الشهادة، والإحصان، وكفالة البدن، والشهادة برؤية هلال غير رمضان.

والضرب الثاني: مالا يطَّلع عليه[٤] الرجال غالباً، ويختص بمعرفته النساء، فتقبل فيه شهادتهن على انفرادهن، لما رُوِيَ عن الزهري أنه قال: "مضت السنة بأن تجوز شهادة النساء في كل شيء لايليه غيرهُن"[٥] وذلك كالولادة، والبكارة والثِّيابة، والرَّتْقِ[٦] والقَرْن[٧]، والحيض، والرضاع، واستهلال المولود، وفي الاستهلال قولٌ آخرُ عن رواية الربيع، والظاهر الأول، وعَيْبُ المرأة من برصٍ، وغيره، تحت[٨] الإزار، حرةً كانت أو أمةً، من هذا القبيل.

---

(١) انظر: الهداية ٣/١١٧.

(٢) في: أ "ادعاها".

(٣) في: أ "الإعتبار".

(٤) "عليه" ليست في: أ.

(٥) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/٢٠٧ حديث الزهري أيضاً "مضت السنة ..." ابن ابي شيبة، نا عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن الزهري به بلفظ: فيما لايطلع عليه غيرهن، ورواه عبد الرزاق عن ابن جريج عن ابن شهاب قال: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لايطلع عليه غيرهن، من ولادات النساء وعيوبهن".

(٦) "الرَّتْق" يقال: "رتقت" المرأة "رتْقاً" من باب "تعب" فهي "رَتْقَاء" وهي التي لا خرق لها إلا المبال، أو التي لايستطيع جماعها. ذكره في المصباح ١/٢١٨.

(٧) "القَرْن" مثل فِلْسٍ، وهو لحم ينبت في الفرج في مدخل الذكر كالغدة الغليظة. ذكره في المصباح ٢/٥٠٠.

(٨) في: أ "وتحت".

قال في "التهذيب" والعيب في وجه الحرة، وكفيها[1]، لايثبت إلا برجلين، بناء على أنهما ليسا من العورة، وفي وجه الأمة، وما يبدو منها عند المهنة يثبت برجل وامرأتين، لأن المقصود منه المال والجراحة التي تصيبُ فرج المرأة لا تُلْحَق بالعيب، لأن جنس الجراحة مما يطلع عليه الرجال غالباً. كذلك ذكره، لكن جنس العيب أيضاً مما يطلع عليه الرجال غالباً، وإنما الذي لايطلعون عليه العيب الخاص، وكذلك الجراحة الخاصة[2]، وكل ماهو[3] من هذاالضرب فلا يثبت بأقل من أربع نسوة تنزيلاً لاثنتين منهنَّ منزلة رجل وما يثبت بهن، يثبت برجل وامرأتين، وبرجلين بطريق الأولى.

وقال أبوحنيفة[4] - تثبت الولادة بشهادة القابلة وحدها في حق الزوجة عند ظهور الحمل، ولا يثبت في حق المطلقة، قال: ولايثبت الرضاع بشهادة النساء المنفردات. وعند أحمد[5]: يثبت الرضاع بشهادة المرضعة وحدها، وعند مالك[6]: يكفي شهادة امرأتين في هذا الضرب ويجوز أنْ يُعْلَمَ قوله في الكتاب: "فإنه يثبت بأربع نسوة" بعلاماتهم لمذاهبهم، وأن يُعْلَمَ قوله "ولا تثبت الولادة" بالحاء. وكذلك قوله من قبل "ولا تثبت برجل وامرأتين".

وقوله في أول الفصل: "ولا يؤول إلى مالٍ" محمول على ما قاله الأصحاب، وهو أنه ليس المقصود منه ومن إثباته المال. وا لله أعلم.

---

(١) في: ب، ظ "كفها".

(٢) في: ز "الحاصلة" وهو خطأ. قال النووي في الروضة ٢٥٤/١١ "الصواب إلحاق الجراحة على فرجها بالعيوب تحت الثياب، وعجب من البغوي كونه ذكر خلاف هذا، وتعلق بمجرد الاسم".

(٣) في: أ "وكما" وهو خطأ.

(٤) انظر: الهداية ١١٧/٣.

(٥) انظر: المقنع ص ٣٤٨.

(٦) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٦.

[فصل: في المرتبة الثالثة من مراتب الشهادة. الشهادة فيما هو مال ونحو ذلك]

(قال [الغزالي] الثالثة: الأمْوال: وحقوقها كالأجل، والخيار، والشفعة، والإجارة، وقتل الخطأ، وكل جُرْحٍ لايوجِبُ إلا المال، فيثبت برجل وامرأتين، وكذا فسخ العقود، وقَبْضُ نجوم الكتابة إلا النجم الأخير، ففيه وجهان لترتب العِتْق عليه).

[قال الرافعي]

المرتبة الثالثة: الشهادة فيما هو مال، أو المقصد منه المال، كالأعيان والدِّيون، والعقود المالية، فتثبت بشهادة رجل وامرأتين ثبوتها بشهادة رجلين قال الله تعالى: **﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين، فرجلٌ وامرأتان﴾**[(١)] فلا[(٢)] يثبت بشهادة النساء وحدهن، فمن هذه المرتبة البيع، والإقالة، والرد بالعيب، والإجارة، والوصية بالمال، والحوالة، والضمان، والصلح، والقرض، والشفعة، والمسابقة، وخيول[(٣)] السبق، والصداق في النكاح، وفي الوطءِ بالشبهة والغصب، والإتلاف، والجنايات التي لاتوجب إلا المال، كالقتل الخطأ، وقتل الصبي، والمجنون، وقتل الحر بالعبد[(٤)]، والمسلم بالذمي، والوالد بالولد[(٥)] والسرقة التي لا قطع فيها. وكذلك حقوق الأموال، والعقود، كالخيار، وشرط الرهن، والأجل، وفي الأجل وجهٌ توجيهاً بأنه ضربُ سلطنةٍ فكان كالوكالة، ومنها: قبض الأموال، ومن جملتها نجوم الكتابة نعم. وفي النجم الأخير وجهان: أحدهما: أنه لايثبت إلا برجلين لتعلق العتق به[(٦)]. وأصحهما: على ماذكره صاحب "التهذيب" كسائر النجوم، والعتق يحصل بالكتابة وآداء جميع النجوم لا بالنجم الأخير.

ومنها: الإبراء، والرهن على المشهور، وفي "شرح الموفَّق بن طاهر[(٧)]: أنَّ الربيع

---

(١) سورة البقرة، من آية ٢٨٢.

(٢) في: أ، ز "ولا".

(٣) في: ز "حصول"

(٤) في: أ ، ز "العبد".

(٥) في: أ "الولد".

(٦) "به" ليست في أ، ب، ظ.

(٧) هو الموفق بن طاهر الشافعي، شرح "المختصر" للشيخ أبي محمد. نقل عنه الرافعي في مواضع. انظر ترجمته: تهذيب الأسماء واللغات ١٢٠/٢ رقم ١٧٨، وطبقات الشافعية للأسنوي ٥٨/٢ رقم ٧٦٢.

قال: لايثبت الإبراء إلا برجلين، وحكى القاضي ابن كج في الرهن وجهاً مِثْلَهُ.

ومنها: طاعة المرأة لاستحقاق النفقة[1]، وقتل الكافر لاستحقاق السلب، وإدمان[2] الصيد لتملكه، وعجز المكاتب عن النجوم.

ومنها: الوقف، وفي ثبوته برجل وامرأتين على ماسنذكره[3] إن شاء الله تعالى في ثبوته بشاهد ويمين في الباب الرابع[4].

ومنها: لو مات سيدُ المدبرِ، فادعَى الوارث، أنه كان قد رجَع عن التدبير إذا قلنا بجواز[5] الرجوع ثبت دعواه برجل وامرأتين.

ولو ادعى رِقَّ شخص، أو أدعى جاريةً في يد الغير، أنها أم ولده، ثبتت دعواه برجل وامرأتين[6]، لأنه يدعي مالاً. ولو توافق الزوجان على الطلاق، وقال الزوج[7]: طلقتك على كذا، وقالت: بل مجاناً، ثبت دعوى الزوج برجل وامرأتين، وكذا لو قال لعبده أعتقتك على كذا، وقال: بل مجاناً.

ولو توافق الزوجان على النكاح، واختلفا في قدر الصداق، أو صفته، أو على الخلع، واختلفا في قدر العوض، أو صفته،/ ثبت برجل وامرأتين. وكذا لو توافق السيد ٥١٦/ز
والعبد على الكتابة، واختلفا في قدر النجوم، أو صفتها، والإقرار بكل مايثبت برجل وامرأتين.

وقوله في الكتاب: "وكذا فسخ العقود" يعني العقود المالية، فأما فسوخ النكاح، فهي كالطلاق.

فرع: شهادة الخنثى المشكل كشهادة المرأة.

---

(١) في: ب، ظ "المنفعة".

(٢) في: ب، ظ "وإن مات" هكذا في جميع النسخ، وكذا في الروضة ١١/٢٥٥.

(٣) في: ب، ظ "سنذكر".

(٤) انظر: الوجيز ٢/٢٥٦، والروضة ١١/٢٧٨.

(٥) في: أ، ب، ظ "يجوز".

(٦) من قوله: "ولو ادعى رق شخص ... برجل وامرأتين" ليست في: ز.

(٧) "الزوج" ليست في: ب، ظ. وفي: ز "قال: طلقتك الزوج".

[فصل: فيما لو شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان]

(قال [الغزالي]: وإذا شهد على السرقة أو العمد رجل وامرأتان ثبت المال، وإن لم تثبت العقوبة، ويثبت مهر النكاح، وإن لم يثبت النكاح به[1]، ولو علق طلاقهاعلى الولادة يثبت بشهادة أربع نسوة، ولا يقع الطلاق.

ولو ثبت عليها الغصب بشهادة رجل وامرأتين، فقال الزوج: إن كُنْتِ غَصبت فأنت طالق، وقع بخلاف مالو تقدم التعليق).

[قال الرافعي]: لو شهد على السرقة رجل وامرأتان، ثبت المال، وإن لم يثبت القطع، لأن المال يثبت برجل وامرأتين، والعقوبات لا تثبت، ومنهم من حكى في المال قولاً آخر، كما لو شهد على القتل العمد رجل، وامرأتان، فإنه لاتثبت الدية، كما لايثبت القصاص، والظاهر الأول[2]، وفرقوا بأن السرقة توجب القطع والمال جميعاً، فما تمت حجته[3] ثبتت، وما لم تتم لا يثبت، والقتل لايوجبهما معاً، بل إما أن نوجب القصاص بعينه، و لم تقم حجته، فإذا لم يثبت، لم يثبت بدله، وإما أن نوجب أحدهما لا بعينه، وإنما يتعين بالاختيار[4]، فلو أثبتنا المال على التعيين لم يفي بموجبه.

ولو شهد رجل وامرأتان على صداق في نكاح ادعته امرأة ثبت الصداق، وإن لم يثبت النكاح، فإن الصداق هو الذي يقصده، ولو علق طلاق امرأته، أو عِتْقَ عبده على الولادة، فشهد بالولادة أربع نسوة ثبتت الولادة، ولا يقع الطلاق، والعتق، وكذا لو علقهما على الغصب، أو الإتلاف، فشهد بهما رجل وامرأتان، ثبت الغصب، والإتلاف، و لم نحكم بوقوع الطلاق، ولا بحصول العتق، نصَّ عليه[5]، وهو كما مرَّ في الصوم[6]. أنا إذا أثبتنا هلال رمضان بشاهدٍ واحدٍ، لم نحكم بوقوع الطلاق والعتق المعلقين برمضان، ولا بحلول الدين المؤجل به، وهذا إذا تقدم التعليق، وذكره ابن سريج ووافقه عامة

---

(١) "به" ليست في: ز.
(٢) والمشهور في المذهب. انظر: الروضة ٢٥٥/١١.
(٣) في: أ "الحجة".
(٤) في: ب، ظ "الاختيار".
(٥) انظر: المختصر ص ٣٠٦.
(٦) انظر: الوجيز ١٠٠/١.

الأصحاب: أنه لو ثبت الغصب أولاً بشهادة رجل وامرأتين، وحكم به الحاكم، ثم جرى التعليق، فقال: لزوجته إن كُنْتِ غصبتِ، فأنت طالق، وقد ثبت عليها الغصب، كما وصفنا، وقع الطلاق بخلاف مالو تقدم التعليق على الشهادة، والحكم، وهذا ما أورده صاحب الكتاب، وقياسه أن يكون الحكم كذلك في التعليق برمضان، وحكى الإمام أن شيخه حكى وجهاً آخر: أنه لايقع كما لو تقدم التعليق، وقد يُفْرَقُ بينهما: بأن التعليق بعد حكم القاضي واقعٌ بعد ثبوت الغصب في الظاهر، فينزل عليه وإلا فهو مراغمة[1] لحكم القاضي، وقَدْحٌ[2] فيه، والتعليق قبله منصرفٌ إلى نفس الغصب، فإذا شهد رجل وامرأتان، لم يقع الطلاق، وإن ثبت الغصب. كما لايثبت القطع في السرقة، وإن ثبت المال، وذكر القاضي الروياني في تقرير كلام ابن سريج أنه قد يترتب على البينة مالا يثبت بتلك البينة، ألا ترى أن النسب، والميراث يترتبان على الولادة إذا ثبتت الولادة بشهادة النساء[3] وحْدُهنَّ، ولا يثبتان بشهادة النساء[4] وحدهن، لكن هذا يدفع الفرق، ويقتضي وقوع الطلاق والعتق، وإن تقدم التعليق على الشهادة، وحكم الحاكم، ويؤيدهُ أنا إذا قبلنا شهادة الواحد في هلال رمضان، وصُمْنَا ثلاثين، نفطر، وإن لم نر الهلال على أظهر الوجهين كما مر في موضعه[5]. وفي هذه الصورة انتشار ظاهرٌ، وربما أمكن لم الشَّعْثِ بأن يقال: ماشهد به رجل وامرأتان، لم يخل، إما أن يكون نفسه مما يثبت بشهادتهم، أو لا يثبت، إن ثبت كالسرقة، والقتل فإن كان له موجب يثبت بشهادتهم كالمال الذي هو أحد موجبي السرقة يثبت، والقاضي، والحالة هذه لايحكم بالسرقة، وإنما يحكم بالمال في سرقةٍ شهدوا بها، وإن لم يكن له موجب يثبت بشهادتهم لم يثبت شيء كالقصاص الذي هو موجِبُ العمد[6] على أحد القولين، وكأحد الأمرين إذا قلنا: إن[7] موجبه أحد الأمرين، فإن شهادة رجل وامرأتين، إنما تصلح للدية على التعيين، لا

---

(١) في: أ "مراعة".

(٢) في: ب، ظ "وقد صَرَّحَ".

(٣) في: أ، ز "النسوة".

(٤) في: أ، ز "النسوة".

(٥) انظر: الوجيز ١/١٠٠، والعزيز شرح الوجيز ٣/١٧٣.

(٦) في: ز "كالعمد الذي يوجب القصاص".

(٧) في: ب، ظ "إنه".

لأحدهما على الإطلاق الذي جعلناه موجباً على هذا القول، وإن ثبت نفس المشهود به بشهادتهم فالمرتب عليه إما شرعيٌّ، أو وضعي، إن كان شرعياً كالنسب، والميراث، المرتبين على الولادة، فيثبتان، تبعاً للولادة، لأن الترتيب الشرعي يُشعِرُ بعموم الحاجة، وتعذر الإنفكاك، أو تعسره، ومن هذا القبيل الإفطار بعد الثلاثين على الأظهر. وإن كان وضعياً كترتب[1] الطلاق، والعتق، بالتعليق[2] وترتب الحلول بالتأجيل، فلا ضرورة في ثبوت الثاني، بثبوت الأول، فإن علق به بعد ثبوته ألزمناه ما أثبتناه، كما ذكره ابن سريج[3]. وا لله أعلم.

وقوله في الكتاب: "إذا شهد على السرقة، أو العمد، رجل وامرأتان، يثبت المال، وإن لم تثبت العقوبة" فيه تسوية بين أن يشهدوا على السرقة، وبين أن يشهدوا على القتل العمد، وفي أن يثبت المال، ولا تثبت العقوبة، وهذا الحكم صحيحٌ في السرقة، وقد ذكره مرة في السرقة[4]، وأما في القتل العمد، فهو خلاف مانص عليه الأصحاب على مابيناه[5]، وليس له في "الوسيط" ذكرٌ، بل فرق في باب السرقة بين شهادتهم على السرقة، وشهادتهم على القتل، كما فعل غيره، ولا يحمل[6] لما جرى هاهنا، إلا السهو، وليعلم قوله "ثبت المال"[7] بالواو للوجه المذكور في السرقة، وقوله: "وقعٌ" بالواو، للوجه المسوِّي بين أن يتقدم التعليق أو يتأخر.

[فصل: فيما لو ادعى مالاً على إنسان وشهد له بذلك شاهدان]

(قال [الغزالي]: فرع: من أقام شاهدين فقَبْلَ التزكية له أن يطلب الحيلولة

---

(١) في: ب، ظ "كترتيب".

(٢) في ب، ظ "التعيين".

(٣) وجمهور الأصحاب. كما قاله النووي في الروضة ٢٥٦/١١.

(٤) انظر: الوجيز ١٧٧/٢، والعزيز شرح الوجيز ٢٣٨/١١، والروضة ١٤٦/١.

(٥) انظر: الوجيز ١٦٢/٢، والعزيز شرح الوجيز ٥١/١١ و ٥٢. والروضة ٣١/١٠.

(٦) في: أ "محل" وهو خطأ.

(٧) "المال" ليست في: أ، ب، ظ.

إن كان المال مشرفاً على الهلاك، أو النقل، وفي العقار وجهان، وللعبد طلب الحيلولة عند إقامة الشاهدين على العتق، وفي الأمة يجب على القاضي ذلك، وإن لم يطلب، وهل له طلب الحجر في دعوى الدين؟ فيه وجهان، وفي جميع ذلك هل ينزل شاهد واحد منزلة شاهدين في إيجاب الحيلولة؟ فيه قولان، ثم إذا قلنا به فلا نزيد على ثلاثة أيام، وإن لم تتم البينة رُفِعَ الحيلولة).

[قال الرافعي]: إذا ادعى مالاً على إنسان، وشهد له بذلك شاهدان نُظِرَ: إن كان عيناً. وطلب المدعي الحيلولة بين المال المدعى، وبين المدَّعَى عليه، ووقفا إلى أن يُزكى الشاهدان، أجيب[1] إليه، إن كان المال مما يخاف عليه التعيُّب، والضياع، وإن كان عقاراً، ففيه وجهان حكاهما الإمام.

أشبههما: وهو قضية إطلاق أكثرهم أنه لافرق.

والثاني: لايُجابُ، لأنه مأمون الضياع.

وحكى الشيخ أبوالفرج عن الإصطخري: أنه لا تُنتزعُ العين أصلاً، وإن كان المدعى ديناً، فلا يستوفي قبل التزكية، وذكر القاضي ابن كج أن أبا الحسين بن القطان روى وجهاً، أنه يستوفى ويوقفُ، والظاهر الأول.

فلو[2] طلب المدَّعي أن يحجر القاضي عليه، ففيه وجهان: أوردهما الإمام.

ونقل عن الأكثرين أنه لايجيبه، لأن ضرر الحجر في غير المشهود به عظيمٌ، وعن القاضي الحسين: إن كان يُتوسمُ فيه الحيلولة[3]، حجر عليه كيلا يضيع ماله بالتصرفات والأقارير، وسكت عامة حاملي المذهب عن الحجر، لكن قالوا: هل يحبس المدَّعي عليه إذا كان المدعى دَيْناً؟ فيه وجهان، قال صاحب "التهذيب" أصحهما: أنه يحبس، لأن

---

(١) على الأصح، ذكره النووي في الروضة ٢٥٦/١١، وقيل: لايجاب، وقيل: يجاب إن كان المال مما يخاف تلفه وتعيبه".

(٢) في: ب، ظ "ولو".

(٣) في: ب، ظ "نقل".

المدَّعى أتى بما عليه، والبحثُ[1] بعد ذلك من وظيفة القاضي، وظاهر الحال العدالة، وبهذا قال أبوإسحاق.

والثاني: ويحكى عن الإصطخري: المنع، لأن عدالة الشاهد غير معلومةٍ، والأصل براءة الذمة، وعلى هذا، قبل[2] أن يُكفَل، فللمدعي[3] ملازمتهُ إلى أن يُعطيهُ كفيلاً، وأجرة من يبعثه القاضي معهما للتكفيل على المدعي، وإن كان المدعَى قصاصاً، أو حدَّ قذفٍ يحبس المشهود عليه، لأن الحق متعلقٌ ببدنه، فيحتاط له، وفي حدود الله تعالى: لايُحبس.

وفي دعوى النكاح تُعزلُ[4] المرأة عند امرأةٍ ثقةٍ، وتمنع من الانتشار، والخروج وفيه وجه ضعيف، وعلى هذا[5] الوجه، هل يؤخذُ منها كفيل؟ فيه وجهان عن صاحب "التقريب" قال القاضي أبوسعد: فإن كانت المرأة تحت زوج، لم يمنع منها الزوج قبل التعديل، لأنه ليس مدَّعي[6] عليه وليس البضعُ في يده، فلا معنى لإيقاع الحجر عليه قبل التعديل. ولو شهد شاهدان لعبدٍ بأن سيده أعتقه، وطلب العبد منه[7] الحيلولة قبل التزكية، فيجيبه القاضي إليه، ويحول بينه وبين سيده، ويؤجرهُ، وينفق عليه من غلته[8]، فما فضل فهو موقوف بينه وبين سيده، فإن لم يكن له كسب، أنفق عليه من بيت المال.

ثم يرجع على سيده إن بان جرح الشهود واستمر[9] الرق، وكذلك الأعيان المنتزعة يؤجرها، وهل تتوقف الحيلولة على طلب العبد؟ فيه وجهان.

---

(١) في: ب، ظ "فالبحث".
(٢) "قبل" ليست في: ز.
(٣) في: ز "أنه يكفل وللمدعي".
(٤) في: أ "تعدل". وفي: ز "تعتد".
(٥) في: ز "وعلى ذلك".
(٦) في: أ، ز "مدعٍ".
(٧) "منه" ليست في: أ، ب، ظ.
(٨) "من غلته" ليست في: أ، ب، ظ.
(٩) في: أ "أو".

الذي أورده الإمام: أنه إذا رأى القاضي أن يحول بينهما، فَعَلَ، ولا حاجة إلى طلب العبد، وفي الأمة تتحتم الحيلولة احتياطاً للبضع، وكذا لو ادعت المرأة الطلاق، وأقامت شاهدين، ففرق الحاكم[١] بينهما قبل التزكية، والوجهان في أن طلب العبد هل يُشْتَرط للحيلولة جاريان في انتزاع العين المدعاة. ويَقْرُبُ منها وجهان حكاهما القاضي ابن كج في أن إجارة العبد تفتقر إلى طلب السيد أو العبد، أو يؤجره القاضي، وإن لم يَطْلُبْ واحدٌ منهما. والثاني: أقرب إلى ظاهر النص، هذا كله فيما إذا أقام المدعي شاهدين ولو[٢] أقام شاهداً واحداً، وطلب الانتزاع قبل أن يأتي بآخر، هل يُجابُ؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، كما لو تم العدد، وبقيت الحاجة إلى التزكية.

والثاني: لا، لأن الشاهد الواحد ليس بحجةٍ، وهناك قد تمت الحجة، وليست التزكية جزءاً من الحجة، إنما تبين بها قيام الحجة[٣]، وهذا أصح عند عامة الأصحاب، واختار القاضي الرُّوياني الأول.

وعن أبي إسحاق أنه قطع به، لأن المال يثبت بشاهد ويمين وله أن يحلف معه متى شاء فكان كالحجة التامة[٤].

وحكى أبوالفرج طريقة تقطع بالثاني، لأنه متمكن من إتمام حجته بالحلف، فإذا لم يفعل كان مقصراً، وهل يحبس المدعى عليه في القذف، والقصاص بشاهد واحد[٥]؟ فيه قولان" ولايجيء الطريقان، ويجري الخلاف في دعوى النكاح تعديلاً، ثم تكلفيلاً، إن لم يعدل وفي دعوى العتق، والطلاق، هل يحتال؟ فيه القولان، ثم ذكر العراقيون، والقاضي الروياني أن الحيلولة والحبس قبل التعديل يبقيان إلى ظهور الأمر للقاضي بالتزكية، أو الجرح ولا تقدر له مدة، والحيلولة، والحبس بشاهدٍ واحدٍ، إذا قلنا به

---

(١) في: ز "القاضي".

(٢) في: ز "فلو".

(٣) قوله "إنما تبين بها قيام الحجة" ليست في: ز.

(٤) في: أ، ب، ظ "فكأن الحجة تامة".

(٥) "واحدٍ" ليست في: ز.

لايزدادان على ثلاثة أيام، وعن أبي إسحاق أن قول تأثير الشاهد الواحد موضعُه ما إذا أقام شاهداً، وقال: إن الشاهد الآخر قريبٌ، وإن قال: إنه غائبٌ لايحضر إلى ثلاثة أيام، فلا حيلولة، ولا حبس بحال[١].

وعلى هذا يُنزَّلُ قوله في الكتاب "وإذا قلنا به فلا نزيد على ثلاثة" إلى آخره، أي إذا أوجبنا الحيلولة بشاهدٍ واحدٍ، ويجوز أن يعلم قوله "قولان" بالواو للطريقتين القاطعتين في دعوى المال، وكذلك قوله[٢] في أول الفرع "له أن يطلب الحيلولة" لما سبق.

واعلم أن هذا الفرع ليس له كثير اختصاص بالباب، بل هو بـ "أدب القاضي" أو بـ "بالدعاوي والبينات" أليق، وإنما أوردهُ هاهنا على مايشعر به سياقُ "الوسيط" لأنه تبين في الباب أن العدد معتبر في الشهادة، وأن شهادة الواحد غير محكوم بها، فأراد أن يتكلم في أن شهادة الواحد، هل تؤثر[٣] في شيء، وإن لم تكفِ للحكم؟ ثم إنه قدَّم عليه أثر إقامة الشاهدين قبل التزكية.

فرع: قال في "التهذيب" إذا حال القاضي بين العبد، والسيد وانتزع العين المدعاة بعد شهادة الشاهدين، وقبل التزكية، لم ينفذ تصرف المتداعيين فيه، نعم لو أقر أحدهما بالموقوف لإنسان، أو أوصى به، أو دبَّر أو أعتق، انتظرنا ما يستقر الأمر عليه آخراً، وحكى القاضي أبو سعد وجهين في نفوذ التصرف، وصورٌ فيما إذا أوقع القاضي الحجر على المشهود عليه في المشهود به، فإن أراد بإيقاع الحجر عليه نفس الحيلولة، فقد تحصلنا[٤] من نقله على خلاف، وإن أراد التلفظ بالحجر أشْعَر ذلك باعتبار الحجر القولي لامتناع التصرف.

قال: وإذا قامت البينة، وحصل التعديل، والقاضي ينظر في وجه الحكم، فينبغي أن يوقع الحجر عليه في مدة النظر، وإذا أوقع لم ينفذ تصرفه، قال صاحب "التهذيب"

---

(١) "بحال" ليست في: أ.
(٢) "قوله" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) في: ب، ظ "تعتبر".
(٤) في: أ "تخلصنا" وهو خطأ.

وقبل الحيلولة والانتزاع لاينفذ تصرفُ المدعى عليه، إن قلنا: إن المدعى شرطٌ في الوقـف، وإلا فوجهان:

آخر: الثمرة[١] والغلة الحادثتان بعد[٢] شهادة الشاهدين، وقبل التزكيـة للمدعـي، وبين شهادة الشاهد الأول والثاني لاتكون للمدَّعِي إلا إذا أرَّخ الثـاني ماشـهد بـه بيـوم شهادة الأول، أو بما قبلـهُ، فـإن استخدم السيد العبـد المدعـي للعتـق بـين شـهادة الأول والثاني على قولنا: لايُحال بينهما، وشهد الثاني هكذا فعليه أجرة المثل. وا لله أعلم.

---

(١) في: أ "الثمر".

(٢) "بعد" ليست في: أ، ظ.

[الباب الثالث: في مستند علم الشاهد]

(قال [الغزالي]: الباب الثالث في مستند علم الشاهد: والأصل فيه اليقين الواضح كالشمس، وذلك بالإبصار المجرد في الأفعال، وبالسمع، والبصر جميعاً في الأقوال، فتقبل شهادة الأصم على الأفعال، ولا تقبل شهادة الأعمى على الأقوال، ولا على زوجته التي يطؤها، فإن الأصوات تتشابه إلا أن يتعلق بالمُقِرّ، ويجرهُ إلى القاضي، فالصحيح أنه يقبل، وفي رواية الأعمى، وجهان، أما ما سمعه قبل العمى[1] فيروي، بل يشهد أيضاً على معروف النسب بما أبصرهُ[2] قبل العمى، وفي المترجم الأعمى وجهان، والقاضي إذا عمي بعد سماع البينة ففي القضاء بها وجهان).

[قال الرافعي] مقصود الباب شيئان: أحدهما: بيان ما تستند إليه الشهادة.

والثاني: القول في حكم تحملها أولاً، وآدائها آخراً، إلا أنه لم يتعرض للثاني في ترجمة الباب، والشهادة تحتاج في مستندها تارة إلى الإبصار، وتارة لا تحتاج إليه، بل يكفي لها السماع، فرتب الباب على ثلاثة فصول:

أحدها[3]: فيما يحتاج إلى الإبصار.

والثاني: فيما يكفي[4] فيه التسامع.

والثالث: في التحمل، والأداء، إلا أنه ترك التفصيل، ولم يصرح بالفصل الأول، ثم اندفع بذكر الفصل الثاني، والثالث، ولا بأس لو ألحق بأول الباب، وفيه فصول:

الأول[5]: فيما يحتاج إلى الإبصار، والأصل في الشهادة البناء على العلم واليقين، قال الله تعالى **﴿ولا تقف ماليس لك به علم﴾**[6] وقال تعالى: **﴿إلا من شهد بالحق**

---

(١) في: أ "مرة" وهي زائدة.

(٢) في: ز "ايصر".

(٣) في: أ "أحدهما".

(٤) في: أ "يلقي".

(٥) "الأول" ليست في: أ.

(٦) سورة الإسراء من آية ٣٦.

وهم يعلمون﴾[1]. ونقلنا في أول الشهادات، أن النبي ﷺ قال: "على مثل الشمس فاشهد، أو فَدَعْ"[2] ولهذه اللفظة. قال في الكتاب: "اليقين الواضح كالشمس" إلا أن من الحقوق مالا يحصل اليقين فيه ولا يستغني، عن إقامة البينة عليه، فأقيم الظنُّ المؤكد فيه مقام اليقين، وجوزت الشهادة بناء على ذلك الظن كما سيأتي.

وقد قسم الشافعي والأصحاب[3]: المشهود به على ثلاثة أقسام:

أحدها: مايكفي فيه السماع ولا يحتاج إلى الإبصار، وموضع بيانه الفصل الثاني من الباب.

والثاني: مايكفي فيه الإبصار، هو الأفعال، كالزنا، والشرب والغصب، والإتلاف، والولادة، والرضاع، والإصطياد، والإحياء وكون المال في يد الشخص، فيشترط فيها الرؤية[4] المتعلقة بها وبفاعليها، ولايجوز بناء الشهادة فيها على السماع من الغير، وتقبل فيها شهادة الأصم.

والثالث: مايحتاج إلى السمع والبصر معاً، كالأقوال، فلا بد من سماعها، ومن مشاهدة قائليها[5] وذلك كالنكاح[6]، والطلاق، والبيع وجميع العقود، والفسوخ، والإقرار بها، فلا تقبل فيها شهادة الأصم الذي لايسمع شيئاً، ولا تقبل شهادة الأعمى فيما يحتاج إلى الإبصار[7] ولا يصح

---

(١) سورة الزخرف، من آية ٨٦.

(٢) فقد سبق تخريجه في كتاب الشهادات، ص ٥٠٣.

(٣) انظر: المختصر ٣٠٤، والحاوي ٣٦/٢١ و ٣٧، والمهذب ٤٢٧/٢، والوجيز ٢٥٣/٢، والروضة ٢٥٩/١١، ومغني المحتاج ٤٤٥/٤.

(٤) في: ز "الرواية".

(٥) في: أ، ب، ظ "قائلها".

(٦) ورد بهامش العزيز ٥٧/١٣ "قال البلقيني: يحتاج إلى شرط ثالث، وهو أن يكون الشاهدان عارفين باللغة التي يعقد بها النكاح على الصحيح، فإن قيل هذا شرط لانعقاد النكاح، والكلام في شرط الأداء في الأقوال، قلنا: أداء الشهادة مبني على صحة التحمل، وإذا لم يصح لايصح أداء الشهادة".

(٧) قال في مغني المحتاج ٤٤٥/٤ "أورد البلقيني صوراً يقبل فيها شهادة الأعمى على الفعل".

=

منه[1] التحمل اعتماداً على الأصوات فإن الأصوات تتشابه ويتطرق إليها التخييل[2] والتلبيس.

وقال مالك[3] وأحمد[4] له التحمل والشهادة، إعتماداً[5] على الصوت، كما له أن يطأ زوجته، ويميز بينها، وبين غيرها بالصوت ونحوه، وأجاب الأصحاب: بأن الشهادة مبنية على العلم ما أمكن، والوطء يجوز بالظن وأيضاً فالضرورة تدعو إلى تجويز الوطء له، ولا تدعو إلى الشهادة.

فإن في البصر غنية عنه، ويستثنى عن هذه القاعدة صورة الضبط[6]، وهي أن يضع رجل فمه على أذنه، ويد الأعمى على رأسه بحيث[7] يتيقن أنه يسمع منه، فيقرُّ بطلاقٍ، أو عتاق، أو لرجل معروف الاسم والنسب[8] بمالٍ، ويتعلق به الأعمى، ولايزال يضبطه حتى يشهد بما سمع منه عند القاضي، وأصح الوجهين: قبول الشهادة منه، والحالة هذه، لحصول العلم[9]، والثاني: إطرادُ المنع لأن التصوير المذكور فيه عسرٌ وتدقيقٌ. واللائق: حسم الباب كما أنا لانقبل شهادة الفاسق على الإطلاق، وإن كان يغلب على ظننا صدقه، وأما رواية الأعمى، ففيها وجهان:

= الأولى: الزنا، إذا وضع يده على ذكر داخل في فرج امرأة، أو دبر صبي مثلاً فأمسكها حتى شهد عند الحاكم، بما عرفه بمقتضى وضع اليد، فهذا ابلغ من الرؤية.

الثانية: الغصب، والإتلاف لو جلس الأعمى على بساط لغيره، فغصبه غاصب، أو تلفه فأمسكه الأعمى في تلك الحالة والبساط، وتعلق به حتى شهد بما عرفه جاز.

والثالثة: الولادة إذا وضعت العمياء يدها على قبل امرأة وخرج منها الولد، وهي واضعة يدها على رأسه إلى تكامل خروجه، وتعلقت بهما حتى شهدت بولادتها مع يرها قبلت شهادتها".

(١) في: ب، ظ "فيه".

(٢) في: ب، ظ "التحيل".

(٣) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٣.

(٤) انظر: المقنع ص ٣٤٨.

(٥) "اعتماداً" ليست في: أ.

(٦) في: أ "الضبطة".

(٧) "بحيث" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) في: ب، ظ "النسب، والاسم".

(٩) انظر: الروضة ١١/٢٦٠، ومغني المحتاج ٤/٤٤٦.

أحدهما: المنع، لأنه قد يُلْبَسُ عليه وقت السماع.

والثاني: أنها مقبولة، إذا حصل الظنُّ الغالب، واحتج له بأن عائشة وسائر أمهات المؤمنين رضي الله عنهن "كن يروين من وراء الستر ثم يروي السامعون منهن"[١] ومعلوم أن البُصراء والحالة هذه كالعميان. والأول: أظهر عند الإمام. وبالثاني أجاب الجمهور، وقالوا: يُحْتَمَل في الرواية مالا يُحتمل في الشهادة على ماتقدم.

وهذا الخلاف فيما سُمع بعد العمى، أما سمعه قبل العمى، فله أن يرويه بلا خلاف، فلو تحمل شهادة تحتاج إلى البصر، وهو بصير، ثم عمى فينظر: إن تحمل على رجلٍ معروف الإسم، والنسب، يَقِرُّ لرجل بهذه الصفة فله أن يشهد بعدما عمى لحصول العلم بالمشهود عليه، والمشهود له، وكذا لو عمى ويد المقر في يده، فشهد عليه[٢] لمعروف الاسم، والنسب، وإن لم يكن كذلك لم تقبل شهادته، لأنه لايمكنه تعيين المشهود عليه، أو الإشارة إلى المشهود له، وفي المترجم الأعمى وجهان عن صاحب "التقريب" أصحهما: أنه يجوز الاعتماد على قوله، وقد ذكرنا المسألة من قبل[٣].

ولو عمي القاضي بعد سماع البينة، وتعديلها، فهل ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لانعزاله بالعمى كما لو انعزل بسبب آخرٍ.

وأشبههما: وبه أجاب القاضي الحسين، أنه ينفذ إن لم يحتج إلى الإشارة، كما لو تحمل الشهادة[٤] وهو بصير، ثم عمي، وأما شهادة الأعمى فيما يثبت بالتسامع فنذكرها في فصل التسامع.[٥]

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٨/٤ "هو أمر مشهور في كتب المسانيد والسنن، ولجميع أمهات المؤمنين رواية حتى خديجة رضي الله عنها التي ماتت في حياته ﷺ، إلا زينب بنت خزيمة، أم المساكين فلم أجد عنها شيئاً من رواية أحدٍ عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. وهذا فيمن دخل بهن، وأما غير من دخل بهن ففيهن من روت، وفيهن من لم ترو. والله أعلم".

(٢) "عليه" ليست في: ب، ظ.

(٣) انظر: الوجيز ٢٤٠/٢، والعزيز شرح الوجيز ٤٥٦/١٢، والروضة ١٣٦/١١.

(٤) "الشهادة" ليست في: ب، ظ.

(٥) انظر: ص ٦٠٤.

وقوله في الكتاب: "ولا تقل شهادة الأعمى في الأقوال"[١] مُعْلَمٌ بالميم والألف، ويجوز أن يعلم بالواو لوجهٍ ضعيفٍ حكيناه في "أدب القضاء" أن العمى لايقدح في القضاء، وذلك الوجه على ضعفه يطردُ في الشهادة وليس قوله: "في الأقوال" للتخصيص، بل كما لاتقبل شهادته في الأقوال، لاتقبل شهادته في الأفعال، فإن الاعتماد فيها على البصر وحده.

وقوله "على زوجته التي يطؤها" أشار به إلى أن شهادته كما لاتقبل على الأجانب، لاتقبل، على زوجته، التي يجوز له وطؤها، لما سبق[٢].

وعن القفال: أن مالكياً سئل ببخارى عن[٣] شهادة الأعمى، وقصدوا التشنيع عليه فقال: ماقولكم في أعمى يطأ زوجته، وأقرت تحته بدرهم، فشهد عليها، أتصدقونه في أنه عرفها، حتى استباح بضعها؟ أم تقولون[٤]، إنه لم يعرفها للإقرار بدرهم؟ فانعكس التشنيع إلى أن يحقق الأمر. وقوله: يقبل في مسألة الضبط معلم بالحاء[٥].

وكذا قوله "بل يشهد أيضاً على معروف النسب، فإن عند أبي حنيفة: لاتقبل شهادة الأعمى بحال[٦]. وقوله: "بل يشهد على معروف النسب" أي لمعروف النسب، وإلا فيحتاج إلى الإشارة إلى المشهود له، وهو غير متمكن منها. والله أعلم.

[فصل: في كيفية شهادة من لا يعرف نسبه]

(قال [الغزالي]: ومن لايعرف نسبه فلابد من الشهادة على عينة، فإن مات أحضر مجلس الحكم، فإن دفن فلا يُنبش قبره، وقد تعذرت الشهادة).

---

(١) انظر: ٢٥٦ -

(٢) "في شهادة الزوج بزوجته" انظر ص ٥٤٢ .

(٣) في: ب، ظ "على" وهو خطأ.

(٤) في: أ، ب، ظ "ويقولون".

(٥) "معلم بالحاء" ليست في: ب، ظ.

(٦) انظر: الهداية ١٢١/٣، "ولكن قال زفر: تقبل فيما يجري فيه التسامع لأن الحاجة فيه إلى السماع، ولا خلل فيه. وقال أبويوسف: يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة".

[قال الرافعي]: إذا شاهد فعلاً[1] من إنسان، أو شاهده أو سمع منه قولاً، فإن كان يعرفه بعينه، واسمه، ونسبه، فيشهد عليه عند حضوره بالإشارة إليه وعند غيبته وموته باسمه ونسبه، فإن كان يعرفه باسمه واسم أبيه دون جده، قال في "الوسيط"[2] يقتصر عليه في الشهادة، فإن عرفه القاضي بذلك جاز، وكان يجوز أن يقال: هذه شهادة على مجهول فلا يعتد بها، كما ذكرنا في "باب القضاء على الغائب"[3] أن القاضي لو لم يكتب إلا أني حكمت على محمد بن أحمد، فالحكم باطل، وقد ذكر الشيخ أبوالفرج: أنه إذا لم يعرف نسبه قدر مايحتاج إلى رفعه، لم يحل له أن يشهد إلا بما عرف، لكن الشهادة، والحالة هذه لاتفيد، وقال الإمام: لو لم يعرفه إلا باسمه، لم يتعرض لاسم أبيه، لكن الشهادة على مجرد الاسم، قد لا تنفع في الغيبة.

وبالجملة فلا يشهد، ولا يجزئ على مالا معرفة له به، فلو سمع اثنين يشهدان أن فلاناً وكل هذا الرجل ببيع داره، وأقر الوكيل بالبيع شهد على إقراره بالبيع، و لم يشهد على الوكالة، وكتب القفال: في مسألة: أنه يشهد على شهادة شاهدي الوكالة كأنهما كانا أشهداه على شهادتهما. ولو حضر عقد نكاح زغم الموجب أنه ولي المخطوبة، أو وكيل وليها وهو لايعرفه وكيلاً، أو عرف الولاية، والوكالة، ولكن لم يعرف رضا المرأة، وهي ممن يعتبر رضاها، فلا يشهد على أنها زوجته، ولكن يشهد أن فلاناً زوَّجَ فلانة من فلانٍ، وقيل: فلان، فإن لم يعرف المرأة بنسبها لم يشهد إلا أن فلانا قال: زوجت فلانةً من فلانٍ.

ويقال: أنه ورد على القفال: كتاب[4] من القاضي ليزوج فلانة من خاطبها أحمد ابن عبد الله، وكان الخاطب من جيران القفال، فقال: إنما أعرفك بأحمد لا بأحمد بن عبدالله[5]. فلم يزوجها منه، وفي مثل هذه الصورة ليس للمكتوب إليه أن يسمع الشهادة على أنه أحمد بن عبدالله، لأن القاضي لم يفوض إليه سماع البينة، وإن كان يعرف

---

(١) في: ب، ظ "فعله".

(٢) انظر ٣٧١/٧.

(٣) انظر ص ٤٥٠.

(٤) "كتاب" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: ب، ظ "ابن عبدالله".

المشهود عليه بعينه دون اسمه، ونسبه، فيشهد[1] عليه حاضراً، لا غائباً، ولا ميتاً، وإذا مات أحضر ليشاهد صورته، ويشهد على عينه، فإن دُفِنَ فعن القاضي الحسين[2]: أنه لاينبش، وقد تعذرت الشهادة، وهذا ما أورده في الكتاب، وما استثنى عنه في "الوسيط" ما إذا اشتدت الحاجة و لم يطل العهد بحيث يتغير المنظر، وهذا ما أورده الإمام على سبيل الاحتمال.

وقال: الأظهر ماذكره القاضي، ومن لايعرف اسم المشهود عليه، ونسبه، لم يكن له أن يعتمد قوله: أنه فلان بن فلان، فيشهد على اسمه، ونسبه لكن لو تحمل الشهادة، وهو لايعرف اسمه، ونسبه، ثم سمع الناس من بعده يقولون: إنه فلان ابن فلان، واستفاض عنه ذلك فله أن يشهد في غيبته على اسمه، ونسبه[3]، ويكون كما لو عرفهما عند التحمل[4].

ولو قال له عدلان عند التحمل، أو بعده هو فلان بن فلان، قال الشيخ أبوحامد: له أن يعتمد عليه، ويشهد على اسمه ونسبه، وهذا مبنيٌّ على أنه تجوز الشهادة على النسب بالسماع من عدلين، وفيه خلاف سيأتي في "فصل التسامع" وكما أن المشهود عليه تارة تقع الشهادة على عينه، وأخرى على اسمه، ونسبه، فكذلك المشهود له، فتارة يشهد على أنه أقر لهذا، وتارة على أنه أقر لفلان بن فلان، وكذلك[5] عند غيبة المشهود له، وإذا شهد الشاهدان على أن لهذا على فلان بن فلان الفلاني: كذا فقال الخصم: لست فلان بن فلان الفلاني[6]، ففي[7] فتاوى القفال: أن على المدعي البينة على أن اسمه، ونسبه ماذكراه، فإن لم تكُنْ بينة، حلفَّه، وإن نكل حلف، واستحق، وإن سُلِّم ذلك الإسم، والنسب وادعى أن هناك من يشاركه فيهما، لم يُقْبل منه حتى يقيم البينة

---

(١) في: أ "يشهد".
(٢) في: ز "حسين".
(٣) في: ز "على اسمه ونسبه في غيبته".
(٤) انظر: هامش العزيز ١٣/٦٠.
(٥) في: ز "لذلك".
(٦) "الفلاني" ليست في: أ.
(٧) في: ب، ظ "في".

على مايدعيه، فإن أقامها، احتاج المدعي إلى إثبات زيادة يمتاز بها المدعى عليه عن الآخر. وهذا كما ذُكِر في كتاب القاضي: إذا بلغ المكتوب إليه وأحضر من زعم المدعي أنه المحكوم عليه، وليكن التصوير فيما إذا ادعى أنه يستحق على هذا الحاضر كذا، واسمه، ونسبه كذا وأنه يستحق على من اسمه ونسبه كذا، وهو هذا[1] الحاضر وأقام البينة على الاستحقاق على فلان بن فلان، فيستفيد بها مطالبة الحاضر، إن اعترف بذلك الإسم، والنسب، أو يقيم بينة أخرى على الاسم والنسب إن أنكر، ثم يطالبه وإلا فكيف يدعي على فلان بن فلان من غير أن يربط الدعوى بالحاضر؟

وفي الفتاوى أيضاً: أنه لو أحضر رجلاً عند القاضي. وقال: إن هذا أقرَّ لفلان بن فلان بكذا، وأنا ذلك المقر له، فقال الرجل: نعم أقررت لكن هاهنا، أو بموضع آخر رجل بهذا الاسم، والنسب وإنما أقررت له، فعليه إقامة البينة على مايدعيه، فإذا أقامها سُئل ذلك الآخر، فإن صدقه دُفِعَ المقر به إليه، ويحلفه الأول على أنه لاشيء عليه. وإن كذبه، فهو للمدَّعي، وإن قال: هاهنا رجلٌ آخر بهذا الاسم والنسب، وأنا أقررت لأحدهما، لا أثبت عينه، وأقام البينة على رجل آخر، فيُسأل ذلك الآخر، فإن قال: لاشيء لي على المقر فينبغي أن يجب عليه التسليم إلى الأول، كما لو كانت عنده وديعةٌ فقال: هي لأحدكما، ولا أدري[2] أنها لأيكما، فقال أحدهما: إنها ليست لي، تكون للآخر، وإن صدقه الآخر، فهو كما في صورة الوديعة إذا قال كلٌّ واحد منهما: إنها لي.

وأعلم أنا في الوكالة ذكرنا فيما لو وكَّل رجلاً بالخصومة عنه، ثم غاب الموكِّل، والقاضي لايعرفه، وأراد الوكيل الخصومة عنه، بناءً على اسم ونسبٍ ذكره أنه لابد من البينة على أنه وكله فلان بن فلان، أو على أن الذي وكله عند القاضي هو فلان بن فلان، وحكينا عن القاضي الحسين أن هذه البينة يكتفي[3] القاضي فيها بالعدالة الظاهرة ويتساهلون في البحث، والاستزكاء، وعن القاضي أبي سعد الهروي: أنه يجوز[4] الاكتفاء

---

(١) "هذا" ليست في: أ.
(٢) في: أ "أدى أيهما".
(٣) في: أ "تكفي".
(٤) في: ظ "لايجوز".

فيه بتعريف واحدٍ، وكل واحدٍ من هذين الكلامين ينبغي أن يعود هاهنا حيث احتاج إلى إثبات أنه فلان بن فلان. وا لله أعلم.

[فصل: في تحمل الشهادة على المرأة المتنقبة]

(قال [الغزالي]: ولايجوز تحمل الشهادة على المرأة المنتقبة إلا أن تكشف وجهها ويميزها عند الأداء عن أمثالها بالإشارة والمعرفة المحققة، وإن عرفها رجلان فلا يشهد عليها بل على شهادتهما بأن فلانة أقرت وذلك عند غيبتها[١]، لأنه فرعهما، ويجوز النظر إليها لحاجة التحمل، وإذا قامت البينة على عينها بدينٍ وزعمت أنها بنت زيد، فليس للقاضي أن يسجل على بنت زيد، وإن أقرت بالنسب، ولا إن قامت بينة على أنها بنت زيد إذ البينة على النسب من غير تقدم دعوى لاتسمع على الصحيح، ولكن للقاضي أن ينصب من يدعي على بنت زيد ديناً وتنكر هي أنها بنت زيد فتقام البينة[٢] عليها بالنسب، ثم إذا ثبت سُجِّل، وتجوز هذه الحيلة للحاجة).

[قال الرافعي]: فيه مسألتان: إحداهما: المرأة المتنقبة، لايجوز تحمل الشهادة عليها إعتماداً على الصوت[٣]، فإن الأصوات تتشابه، كما لايجوز أن يتحمل الأعمى اعتماداً على الصوت، وكذا البصير في الظلمة، ومن وراء حائل صفيق، وفي الحائل الرقيق وجهان مذكوران في "العدة". أصحهما: أنه يجوز، لأنه لايمنع المشاهدة وإذا لم يجز التحمل بالصوت فإن عرفها متنقبة باسمها، ونسبها، أو بعينها، لاغير، جاز التحمل، ويشهد عند الأداء بما يعلم[٤]. وإن لم يعرفها، فيكشف عن وجهها ليراها الشاهد، ويضبط حليتها، وصورتها، وليتمكن من الشهادة عليها عند الحاجة إلى الأداء، ويكشف وجهها حينئذٍ

---

(١) في: ز "غيبتهما".

(٢) في: ز "عليها البينة".

(٣) قال في مغني المحتاج ٤٤٧/٤ "لايصح التحمل على المتنقبة ليؤدي ماتحمله اعتماداً على معرفة صوتها، أما لو شهد اثنان أن امرأة متنقبة أقرت يوم كذا لفلان بكذا، فشهد آخران، أن تلك المرأة التي حضرت، وأقرت يوم كذا هي هذه، ثبت الحق بالبينتين، كما لو قامت بينة أن فلان بن فلان الفلاني أقر بكذا، وقالت أخرى على أن الحاضر هو فلان بن فلان ثبت الحق".

(٤) "فيشهد في العلم بعينها إن حضرت" ذكره في مغني المحتاج ٤٤٧/٤.

أيضاً[١]، ولايجوز التحمل بتعريف عدل، أو عدلين أنها فلانة بنت فلان، فإذا[٢] قال: عدلان: نشهدُ[٣] أن هذه فلانة بنت فلان تقر بكذا، فهما شاهدا الأصل. والذي يسمع منهما شاهد فرع يشهد على شهادتهما عند اجتماع الشرائط. ولو سمعه من عدل واحدٍ، فيشهد على شهادتهما. والشهادة على الشهادة، والحالة هذه تكون على الاسم، والنسب، دون العين، هذا / ماذكره أكثر المتكلمين[٤] في المسألة. وحكوا عن القفال: أنه ٥٢١/ز كتب في صورة المسألة شهادته على شهادة المعرفين، ثم أُحضر للأداء[٥] فامتنع، وقال: كيف[٦] أشهد؟ والشاهدان في السوق، ووراء ذلك وجوهٌ:

أحدها: عن الشيخ أبي محمد: أنه[٧] يكفي لتحمل الشهادة عليها مُعرِّفٌ واحدٌ سلوكاً به مسلك الإخبار، وعلى ذلك جرى جماعة من المتأخرين منهم القاضي شريح الروياني.

والثاني: أنه يجوز التحمل إذا سمع من عدلين أنها فلانة بنت فلان، ويشهد على اسمها، ونسبها عند الغيبة، وهذا ماحكينا عن الشيخ أبي حامد بناء على أنه تجوز الشهادة على النسب بالسماع من عدلين.

والثالث: عن الإصطخري: أنه إذا كان يعرف نسب امرأة، ولايعرف عينها فدخل دارها، وفيها نسوة سواها فقال: لابنها الصغير: أيهُن أُمُّكَ، أو لجاريتها: أيتهن

---

(١) أي "فإن لم يعلم شيئاً عن ذلك كشف وجهها عند التحمل، ويجوز استيعاب وجهها بالنظر للشهادة عند الجمهور، وصحح الماوردي أن ينظر مايعرفها به فقط، فإن عرفها بالنظر إلى بعضه لم يتجاوزه، وهذا هو الظاهر، ولا يزيد على مرة سواء قلنا: بالاستيعاب، أم لا، إلا أن يحتاج للتكرار" ذكره في مغني المحتاج ٤٤٧/٤، وانظر: الحاوي ٤٨/٢١ و ٤٩، والروضة ٢٤٦/١١.

(٢) في: أ، ب، ظ "وإذا".

(٣) في: أ "يشهدان".

(٤) على الأشهر بناء على أن المذهب في أن التسامع لابد فيه من جماعة يؤمن تواطؤهم على الكذب، وقيل: يجوز بتعريف عدل، لأنه خبر، وقيل: بتعريف عدلين بناءً على جواز الشهادة على النسب بالسماع منهما ..." ذكره في مغني المحتاج ٤٤٧/٤، وانظر لمزيد فائدة. الحاوي ٤٧/٢١ و ٤٨.

(٥) في: أ، ب، ظ "الأداء".

(٦) "كيف" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) "أنه" ليست في: أ، ب، ظ.

سيدتك، فأشارتْإلى امرأة، فيسمع إقرارها، جاز له أن يشهد أن فلانة بنت فلان، أقرت بكذا، حكاه ابن كج عنه. و لم يقم(١) قول شاهدين على قول الإصطخري مقام إخبار الصغير، والجارية، وادعى: أن ذلك أشد وقعاً في القلب، وأثبت. ولك أن تقول: ماينبغي أن يتوقف جواز التحمل على كشف الوجه، ولا على المعرف(٢)، لأن حضور امرأةٍ، أو شخص تحت النقاب، وإقرار ذلك الحاضر متيقن، فإذا رفعت المرأة إلى القاضي، والمتحمل يلازمها، يتمكن من الشهادة على عينها، بأنها أقرت بكذا، وهو نظير صورة الضبط في شهادة الأعمى.

وقد يحضر قوم يُكتفى بإخبارهم في التسامع قبل أن تغيب المرأة إذا لم يعتبر في التسامع طول المدة، كما سيأتي فيخبرون عن اسمها، ونسبها، فيتمكن من الشهادة على اسمها، ونسبها، بل ينبغي أن يقال: لو شهد اثنان، تحملا الشهادة على امرأةٍ لايعرفانها، أنَّ امرأة أحضرت(٣) يوم كذا مجلس كذا، فأقرت لفلان بكذا، وشهد عدلان أن المرأة المحضرة يومئذٍ في ذلك المكان، كانت هذه، يثبت الحق بالبينتين، أليس لو قامت بينة على أن فلان بن فلان الفلاني أقر بكذا، وقامت أخرى على أن هذا المحضر، هو فلان بن

---

(١) في: أ "تجعل".

(٢) قضية "كشف الوجه" وأنه لابد من كشف الجميع، قال عنه الماوردي في الحاوي ٤٨/٢١ و ٤٩ "اذا جاز له النظر إلى وجهها، ليعرفها في الشهادة لها وعليها، فقد اختلف الناس فيما يجوز أن ينظر من وجهها.

فالذي عليه جمهور الفقهاء: أنه يجوز أن ينظر إلى جميع وجهها، لأن جميعه ليس بعورة، واختلف القائلون بهذا في جواز النظر إلى كفيها. فجوزه بعضهم تعليلاً بأنه ليس بعورة، ومنع منه أكثرهم لاختصاص المعرفة بالوجه دون الكفين.

وقال آخرون: لايجوز أن ينظر إلى جميع وجهها، وينظر منه إلى مايعرفها به. وقال آخرون: إن كانت شابة، نظر إلى بعض وجهها، وإن كانت عجوزاً نظر إلى جميعه، وقال آخرون: إن كانت ذات جمال نظر إلى بعضه، وإن كانت غير ذات جمال، نظر إلى جميعه تحرزاً من الافتتان بذات الجمال.

والصحيح من اختلاف هذه الأقاويل: أن له أن ينظر إلى مايعرفها به، فإن كان لايعرفها إلا بالنظر إلى جميع وجهها، جاز له النظر إلى جميعه، وإن كان يعرفها بالنظر إلى بعض وجهها، لم يكن له أن يتجاوزه إلى غيره، ولايزيد على النظرة الواحدة، إلا أن لايتحقق إثباتها إلا بنظرة ثانية، فيجوز له النظرة الثانية".

(٣) في: ب، ظ "حضرت".

فلان، يثبت الحق، فما الفرق بين تعريف المشهود عليه. المطلق باسم ونسب، وبين تعريفه بزمان، ومكان؟ فإذا اشتمل التحمل على هذه الفوائد وجب أن يجوز مطلقاً، ثم إن لم يعرض مايفيد جواز الشهادة على العين، أو على الاسم، والنسب، أو لم ينضم إليه مايتم به الإثبات، فذلك شيء آخر.

وقوله في الكتاب: "ولايجوز تحمل الشهادة على المرأة المتنقبة، إلا[1] أن تكشف وجهها" غير مجرى على ظاهره، بل لو عرفها في النقاب، لم يفتقر إلى الكشف على ما[2] مرّ، أن يكون شرطاً في التحمل، فإن الأداء يتأخر[3] عن التحمل، فكيف يجوز أن يقال: لايجوز التحمل، ما لم يميزها عند الأداء، لكن المراد أنه لايجوز التحمل ما لم تكشف وجهها ليتمكن من التمييز عند الأداء، ما أشبه. وقوله: "فلا يشهد عليها" مُعَلَّمٌ، بالواو، لما عرفت وقوله: "ويجوز النظر إليها لحاجة التحمل" يعني النظر إليها إلى وجهها.

وذكر الصيمري: أنه لو نظر إلى أكثر وجهها، وسمع كلامها، جاز أيضاً.

وفي لفظ الكتاب، تعليل جواز النظر لحاجة[4] التحمل.

لكن ذكرنا في أول النكاح وجهين في جواز النظر إلى وجه المرأة إذا لم يكن خوف فتنة، فإن جوزنا مطلقاً فلا معنى للتعليل بالحاجة[5] وإنما ينتظم ذلك على الوجه الآخر، وأما عند خوف الفتنة فيحرم النظر إلى وجهها بلا خلاف. ويشبه أن يقال: من يخاف الفتنة لاينظر للتحمل، لأن في غيره غنيةً عنه. فإن تعين فينظر ويحترز[6]

---

(١) في: أ "إلى".

(٢) "ما" ليست في: أ.

(٣) في: ز "بخير".

(٤) في: ز "بحاجة".

(٥) من قوله "في جواز النظر . . . بالحاجة" ليس في: أ ، ب، ظ.

(٦) وانظر بشأن تفصيل المسألة: الحاوي ٤٨/٢ و ٤٩، والوجيز ٣/٢، والمهذب ٤٤/٢، والروضة ٢١/٧، ومغني المحتاج ١٢٨/٣.

المسألة الثانية: إذا قامت البينة على عينْ رجل وامرأة بحق وأراد المدعي أن يسجل له القاضي فالتسجيل على العين ممتنع لكن يجوز أن يسجل بالحلية[١] ولا سبيل إلى التسجيل بالاسم والنسب مالم يثبتا، ولايكفي فيهما قول المدعي ولا إقرار من قامت عليه البينة، فإن نسب الشخص لايثبت باقراره.

ولو قامت بينة على نسبه على سبيل الحسبة فيبنى على أن شهادة الحسبة في النسب هل تقبل؟ إن قبلناها أثبت القاضي النسب وسجل وإن لم نقبلها وهو اختيار القاضي الحسين فقد قال: ههنا الطريق أن ينصب القاضي من يدعي على فلان ابن فلان ديناً أو على فاطمة بنت زيد، أو يدعي على زيد ويقول: هذه ابنته وتركته عندها، وينكر المدعى عليه النسب[٢] فيقيم المدعي البينة عليه. قال وتجوز هذه الحيلة للحاجة كما أمر رسول الله ﷺ عامل[٣] "خيبر"[٤]

---

(١) ورد على هامش العزيز ٦٤/١٣ "التسجيل بالحلية مشكل كما قال ابن أبي الدم، لأنه إن كان الغرض منه التذكر عند حضورها فصحيح، وإن كان الغرض منه المكاتبة به إلى بلد آخر إذا غاب المدعى عليه ليعمل بمقتضاه، وتقابل حليته به، ويلزمه إن أنكر ففي غاية الإشكال.
قلت: وكذا إن كان الغرض الاعتماد عليها عند الحاجة إلى الإثبات والحكم تاماً، ولا أحسب أحداً يقوله، ولاشك أنه لايقضي بما بعد الموت والدفن لحصول التقيد، وتنزيل إطلاقهم على الحالة الأولى يأباه كلامهم في أدب القضاء، فإنهم جعلوا الحلية في المجهول كالاسم، والنسب في المعروف لكن فيه نظر.
والمقصود بالحلية التذكر خاصة، وبذلك صرح الماوردي والروياني في باب التحفظ في الشهادة فقالا: إن تحلية المشهود عليه إذا كان مجهولاً قال قوم: يجب لأنه يؤدي إلى المعروف قاله في الخادم".
وقال الماوردي في الحاوي ٥٢/٢١ "والذي عليه الجمهور أنه استظهار له باعثه على التذكر، كالخط، يراد ليذكر الشهادة، ولا يُعوَّل عليه في الأداء".

(٢) "النسب" ليست في: ب، ظ.

(٣) "عامل خيبر" قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٨/٣ "وعامل خيبر" هو سواد بن غزبه ٠٠ وقيل مالك بن صعصعة ٠٠٠"
والذي في الإصابة ٣٤٦/٣ "هو مالك بن صعصعة بن وهب بن عدي الأنصاري، روى عنه أنس بن مالك، حديث الإسراء ٠٠٠ ذكر الخطيب أنه الذي قال له النبي ﷺ "أكل تمر خيبر هكذا".
وانظر: الإستيعاب ٣٧٤/٣.

(٤) "خيبر" موضع يقع شمال المدينة المنورة على ثمانية بُرُد على طريق الشام، غزاه النبي ﷺ سنة ست من الهجرة، وقيل: سنة سبع ٠٠٠".
انظر: معجم البلدان ٤٠٩/٢، والمصباح ١٦٢/١.

ببيع الجَمْعِ[1] بالدراهم وشراء الجَنِيبِ[2] بها[3].

واعترض الإمام بأن الدعوى الباطلة، كلا دعوى، فكيف تجوز بناء الشهادة عليها؟ وكيف يأمر القاضي بها؟ وأنى يشبه قصة "خيبر". والنبي ﷺ: أمر ببيع وشراء صحيحين.

لكن الوجه: أن يقال وكلاء المجلس يتفطنون لمثل ذلك، وإذا نصبوا مدعياً، لم يتفحص القاضي، ولم يضيق بل يصغي إلى الدعوى والبينة للحاجة، ولو أمر المدعي[4] الذي ثبت له الحق بالبينة، بأن ينقل الدعوى على العين، إلى الدعوى على بنت زيد لتنكر[5]، فيقيم البينة على النسب، كان أقرب من نصب مدعٍ جديد، وأمره بدعوى باطلة.

وقوله في الكتاب: "لاتسمع على الصحيح" إشارة إلى الخلاف الذي سبق في أن النسب هل يثبت بشهادة الحسبة؟ وترجيح المنع غير مساعد عليه على مابيَّنا هناك[6].
ويجوز أن يعلَّم قوله "ولكن للقاضي أن ينصب" بالواو لاعتراض الإمام. وكذا قوله: "وتجوز هذه الحيلة للحاجة". وقوله: "وتنكر هي، أنها بنت زيد" يشعر بأنه لابد من

---

(١) "الجَمْعُ" بفتح الجيم، وإسكان الميم، صنف من التمر الرديء. انظر القاموس المحيط ١٤/٣، وانظر المصباح ١٠٨/١.

(٢) "الجَنِيبُ" بفتح الجيم وكسر النون، صنف من التمر الجيد. انظر: القاموس المحيط ٤٩/١، والمصباح ١١٠/١، وانظر: التلخيص ٨/٣.

(٣) الحديث متفق عليه، من حديث أبي سعيد الخدري، وأبي هريرة رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءه بتمر جنيبٍ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أكلُّ تمر خيبر هكذا؟ قال: لا. والله يارسول الله. إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله: لاتفعل بعْ الجَمْعَ بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً".
أخرجه البخاري ٣٥/٢، كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خيرٍ منه. وانظر: تلخيص الحبير ٨/٣ و ٢٠٥/٤.

(٤) في: أ "الدعوى" وهو خطأ.

(٥) "لتنكر" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) "عن القاضي الحسين: أنه لاتقبل فيه شهادة الحسبة – وهو الذي حكم به الغزالي هنا – ... والأظهر: القبول، لأنه متعلق بحقوق الله تعالى كالطلاق والعتاق ...). انظر: العزيز شرح الوجيز ٣٦/١٣، والوجيز ٢/٢٥١.

إنكارها، وكان التصوير فيما إذا لم تعرف قبل بأنها بنت زيد، وإلا فكيف تؤمر بأن ترجع عما أقرت به؟ وتبين مما أجريناه[١]، أنه لافرق في المسألة بين الرجل، والمرأة. والله أعلم.

فرع: عن فتاوى القفال: شهد الشهود على امرأة باسمها ونسبها، ولم يتعرضوا لمعرفة عينها، صحت شهادتهم، فإن سألهم الحاكم، هل تعرفون عينها؟ فلهم أن يسكتوا، ولهم أن يقولوا: لايلزمنا الجواب. عما تقوله.

[الفصل الثاني: في التسامع: أي ما تجوز الشهادة فيه بالسماع]

(قال [الغزالي]: الفصل الثاني: في التسامع: والنسب يثبت بالسماع من قوم لاينحصرون عند الشاهد[٢]، فيشهد به، لأنه لايمكن رؤيته، وفي النسب من الأم، وجهان، لأنه لايمكن رؤيته، والأصح ثبوته، واختلفوا في الولاء[٣]، والعتق، والوقف، والنكاح، وما تتوفر الطباع على إشاعته، أنه هل يلحق بالنسب؟ والصحيح، أن الموت كالنسب لا كالعتق، ثم لايحصل التسامع[٤] بقول عدلين، بل بجماعة لاتجمعهم رابطة التواطؤ، إلا أن يشهدوا على شهادتهما، ولا تجوز الشهادة على النسب بأن يسمع رجلاً يستلحق[٥] صبياً أو كبيراً ساكتاً لاينكره).

[قال الرافعي]: عقد الفصل لبيان ماتجوز الشهادة فيه بالسماع،فمنه[٦] النسب، فيجوز أن يشهد بالتسامع أن هذا الرجل ابن فلان وأن هذه المرأة إذا عرفها بعينها بنت فلان أو أنها[٧] من قبيلة كذا[٨] لأنه أمر لامدخل

---

(١) أي في أول المسألة، ص ٦٠٢. بقوله "المسألة الثانية: إذا قامت البينة على عين رجل أو امرأة".
(٢) في: أ "التشاهد" وهو خطأ
(٣) في: أ " الولاية ".
(٤) في: ز "السماع".
(٥) في: أ ، ب "يلتحق".
(٦) في: أ "فيه".
(٧) في: أ "أنهما".
(٨) ورد بهامش العزيز ١٣/٦٦. "قال في القوت: واعلم أن كلام الرافعي وغيره يقتضي التسوية فيما ذكرنا بين الشهادة بنسب الرجل والمرأة، وكلام الماوردي يقتضي أن الأمر في الشهادة
=

للرؤية[١] فيه، وغاية الممكن رؤية الولادة على فراش الإنسان، لكن النسب إلى الأجداد المتوفَّيْن[٢] والقبائل القديمة لا تتحقق فيه الرؤية، ومعرفة الفراش فدعت الحاجة إلى اعتماد التسامع. وفي النسب من الأم وجهان: أحدهما: أنه لايجوز الشهادة عليه بالسماع[٣] لإمكان رؤية الولادة. والثاني يجوز كما في جانب الرجل، وهذا أصح عند صاحب الكتاب[٤].

وحكى في "الوسيط" القطع به عن بعضهم ثم ذكر الشافعي رضي الله عنه، والأصحاب رحمهم الله في صفة التسامح: أنه ينبغي أن يسمع الشاهد، والمشهود بنسبه ينتسب إلى ذلك الرجل، أو القبيلة، وسمع الناس ينسبون إليه، وهل يعتبر فيهما التكرار[٥] وامتداد مدة السماع؟ قال كثيرون نعم، فالظن حينئذٍ يتأكد، وبهذا أجاب أبوالقاسم الصيميري.

وقال آخرون: لا.بل لو سمع انتساب الشخص، وحضر جماعة لايرتاب في صدقهم، فأخبروه بنسبه دفعةً واحدةً، جاز له الشهادة.

وهذا ما رأى القاضي ابن كج: القطع به، وهو جواب صاحب "التهذيب" في انتسابه نفسه. وإذا قلنا بالأول، فليست المدة محدودة، بل الغرض ظهور الحال للسامع،

= بنسبها أشد حيث قال: إن الشهادة في نسب المرأة أغلظ منها في نسب الرجل لبروزه، وإباحة نظره دونها، فصارت بهذين الأمرين أغلظ فاحتاج في العلم بنسبها إلى أمرين آخرين:

أحدهما: معرفة عينها على وجه مباح، وبين له وجوهاً ظاهرة.

والثاني: أن يحتاج بعد معرفة عينها في معرفة نسبها إلى الخبر، المتظاهر بأن فلانة هذه بعينها هي ابنة فلان، ويكون معرفة المخبر بنسبها بعينها كمثل معرفته، ثم ينظر في مظاهر الخبر، فإن كان بين النساء رجل ونساء صغار، وكبار، وأمراء ، وعبيد، فهو الأوكد في مظاهر الخبر بنسبها، وإن انفرد به النساء، والعبيد صح". وانظر الحاوي ٢١/٤٧ و ٤٨.

(١) في: أ "لامدخل المروية" وهو خطأ.

(٢) في: ز "المنقرضين".

(٣) في: أ "التسامع" وهو خطأ.

(٤) انظر: الوجيز ٢/٢٥٤، حيث قال: "والأصح ثبوته". وانظر: الروضة ١١/٢٦٧، ومغني المحتاج ٤/٤٤٩.

(٥) في: أ "التكرر". وفي: ز "التكرير".

ويختلف الحال، بعدد المخبرين، وفرقهم وضعفهم، وفي وجهٍ: هي محدودة[١] بسنة، ويعتبر مع انتساب الشخص ونسبة الناس أن لا يعارضهما ما يورث التهمة، والريبة، فلو كان المنسوب إليه حياً، وأنكر، لم تجز الشهادة، وإن كان مجنوناً، جازت الشهادة، كما لو كان ميتاً، وفيه وجه. لأنه قد يُفيق فينكر،

وطعن من يطعن[٢] من الناس في ذلك الانتساب، والنسب، هل يمنع جواز الشهادة؟ فيه وجهان:[٣]

أشبههما: أنه يمنع، لاختلال الظن. وهل تجوز الشهادة في الولاء، والعتق، والوقف، والزوجية، بالتسامع؟ فيه وجهان: وهما في الشهادة على أنه مولى فلان، أو عتق، أو وقف، أو أنها زوجة فلان لا على الإنشآءآت[٤]، قال أبو إسحاق: لاتجوز الشهادة عليها بالتسامع لأن أنسابها غير متعددة، ومشاهدتها متيسرة.

وقال الإصطخري رحمه الله: يجوز لأن هذه أمورٌ مؤبدة، وإذا طالت مدتها عسر إقامة البينة على ابتدائها فتمس الحاجة إلى إثباتها بالتسامع، ولأنها شهادة على الحاصل بالعقد فأشبهت الشهادة على الملك المطلق.وبهذا قال أحمد[٥]، وابن القاص، وأبوعلي بن أبي هريرة، والطبري، ورجحه ابن الصباغ، وبه أجاب القاضي ابن كج في الولآء. والأول هو الجواب في فتاوى القفال[٦]، والأصح على ماذكره الإمام، وأبو الحسن العبادي والقاضي الروياني "في جمع الجوامع" قال هؤلاء ويمكن الإثبات بالشهادة على شهود الأصل، واستحبوا للحاكم أن يجدد شهود كتب الوقف، مهما خاف انقراض الأصول، وفرقوا بينها وبين الملك بأن أسباب الملك متعددة، وتعددها يورث عُسْر الوقوف عليها فكذلك جوزنا الاعتماد على التسامع، وأما هذه فأسبابها متحدة.

---

(١) من قوله "بل الفرض ظهور ... وجه: هي محدودة بسنة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ "طعن".

(٣) "على الصحيح" كما في الروضة ١١/٢٦٧، وانظر: مغني المحتاج ٤/٤٤٨.

(٤) في: أ، ظ "الانتساب".

(٥) انظر: المقنع ص ٣٤٤.

(٦) انظر: الروضة ١١/٢٦٧، ومغني المحتاج ٤/٤٤٨.

وذكر صاحب "العدة" أن هذا ظاهر المذهب، لكن الفتوى الجواز للحاجة[١].

وفي جواز الشهادة على الموت بالاستفاضة طريقان، عن القاضي الحسين على الخلاف في الولاء وما في معناه لأنه يمكن فيه المعاينة، والصحيح المشهور القطع بالجواز كالنسب، لأن أسباب الموت مما يكثر منها: مايخفى ومنها مايظهر، وقد يعسر الاطلاع عليها فجاز أن يعتمد على الاستفاضة. ولأنه يقع في الأفواه وينتشر كالنسب، ثم في الفصل مسألتان: إحداهما في العدد المعتدّ به في التسامع، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز الاعتماد فيه على خبر عدلين، كما يجوز للحاكم الحكم بشهادة عدلين، وهذا ما اختاره الشيخ أبوحامد، وأبوحاتم القزويني[٢] وإليه ميل الامام رحمهم الله وإيانا[٣].

٥٢٣/ز والثاني: لابد من جمع كبير يقع العلم أو الظن / القوي بخبرهم ويؤمن تواطؤهم على الكذب، ولا يكفي قول عدلين، نعم لو أشهداه شهد على شهادتهما، وهذا ما اختاره قاضي[٤] القضاة الماوردي[٥] رحمه الله وابن الصباغ أيضاً رحمه الله، وهو أشبه بكلام الشافعي رضي الله عنه[٦] وبه أجاب صاحب الكتاب[٧]، وحكى أبوالفرج السرخسي، رحمه الله وغيره وجها ثالثاً: وهو جواز الاعتماد على خبر الشخص الواحد إذا سكن القلب إليه، ولا يعتبر عدد الشهادة، كما لايعتبر لفظ الشهادة، وإذا قلنا

---

(١) قال النووي في الروضة ١٢٦/١١ "قلت: الجواز أقوى، وأصح، وهو المختار" وقال في مغني المحتاج ٤٤٨/٤. "قلت: الأصح عند المحققين، والأكثرين في الجميع الجواز". وانظرها متن العزيز ٦٨/١٣.

(٢) محمد بن الحسن القزويني، أبوحاتم وهو من نسل أنس بن مالك رضي الله عنه. تفقه "بآمل" ثم قدم "بغداد". كان حافظاً للمذهب، صنف كتباً كثيرة، توفي سنة ٤٤٠هـ. رحمه الله.
انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٣١٢/٥، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١٤٥.

(٣) "وإيانا" ليست في: ز.

(٤) في: ز "أقضي".

(٥) انظر: الحاوي ٣٧/٢١ و ٣٨.

(٦) انظر: المختصر ص ٣٠٤.

(٧) انظر: الوجيز ٢٥٤/٢، والمهذب ٤٢٨/٢، الروضة ٢٦٨/١١، ومغني المحتاج ٤٤٩/٤.

بالوجه الثاني: فينبغي أن لانعتبر العدالة، ولا الحرية، ولا الذكورة[١].

الثانية: إذا سمع رجلاً يقول لآخر: هذا ابني، وصدقه الآخر، أو أنا ابن فلان، وصدقه فلان، قال كثير من الأصحاب يجوز أن يشهد به على النسب، وكذا لو استلحق صبياً أو بالغاً، وسكت لأن السكوت في النسب كالإقرار ألا ترى أنه لو بُشِّر بولد فسكت عليه لحقه، بخلاف ما إذا أنكر المستلحق فإن النسب لايثبت حينئذ وفي "المهذب"[٢] وجه أنه لايشهد عند السكوت إلا إذا تكرر عنده الإقرار، والسكوت والذي أجاب به الإمام وصاحب الكتاب[٣] رحمهما الله: أنه لاتجوز الشهادة على النسب بذلك، وإنما يشهد الشاهد، والحالة هذه على الإقرار، والاستلحاق.

وهذا قياس ظاهر، وربما أمكن تنزيل إيراد بعض الناقلين عليه وبتقدير أن لايكون كذلك[٤] فكأن النسب فارق سائر الأمور المقر بها سعياً في إثباته وقد وجه أيضاً بأن الوقف[٥] على توافق المستلحق والمستلحق آكد في إثارة الظن في السماع من غيرهما، ولا يخفي أن قوله في الكتاب: "إلا أن يشهد على[٦] شهادتهما ليس باستثناء محقق ويمكن أن يعلم قوله: "ثم لايحصل التسامع بقول عدلين" وقوله "بل بجماعة" بالحاء لأن عند أبي حنيفة[٧] تجوز الشهادة على الموت بقول عدل واحد[٨] والله أعلم بالصواب.

---

(١) ورد بهامش العزيز ٧٠/١٣ "ما أشار إليه من عدم اشتراط العدالة، والحرية، والذكورة، واقتضى كلامه أنه لم يقف فيه على نقل، وفي المسألة وجهان حكاهما ابن عبدان في كتابه شرائط الأحكام، لكنه قال: الصحيح من المذهب اشتراط العدالة والإسلام، وصرح غيره من أصحابنا القدماء في كتبهم الأصولية، بأنه لايشترط ذلك في التواتر". وانظرها من العزيز ٧٠/١٣.

(٢) انظر: المهذب ٤٢٨/٢.

(٣) انظر: الوجيز ٢٥٤/٢.

(٤) "كذلك" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: ز "الوقوف".

(٦) في: ز "من".

(٧) انظر: فتح القدير ٤٦٦/٦.

(٨) "واحد" ليست في: ز.

[فصل: فيما يتعلق بالتسامع في الملك]

(قال [الغزالي]: و[1]أما الملك فإذا اجتمع فيه اليد والتصرف والتسامع[2]، جازت الشهادة،فإنه لا يبصر وهو منتهى الإمكان، والظاهر أن مجرد اليد والتصرف، يكفي دون التسامع،والصحيح:أن مجرد التسامع لايكفي، ثم نعني بالتصرف البناء والهدم أو البيع[3] والرهن،وهو تصرف الملاك، وأما مجرد الإجارة، وإن تكررت، ففيه وجهان: إذ قد يصدر ذلك ممن استأجره مدة طويلة، أما الإعسار[4] فإنما تجوز الشهادة عليه بخبرة الباطن، وشهادة القرائن كصبره على الضرِّ والجوع في الخلوة).

[قال الرافعي]: فيه مسألتان: إحداهما: فيما يتعلق بالتسامع المِلكُ، فإن نفس الملك ليس مما يبصر. أو يسمع والشهادة[5] عليه تُبنى على ثلاثة أمور: وهي اليد، والتصرف، والتسامع. أما اليد فهي بمجردها لاتفيد جواز الشهادة على الملك، لكن إذا رأى الشيء في يد إنسان جاز أن يشهد له باليد. وفي "التهذيب" أنه إنما يشهد إذا رآه في يده مدة طويلة، وحكى الإمام: أن شيخه حكى[6] في إفادة اليد وحدها جواز الشهادة على الملك قولاً آخر، والظاهر المنع والتصرف المجرد، كاليد المجردة، لايفيد جواز الشهادة على الملك، وإن اجتمع اليدُ والتصرفُ نظر: إن قصرت المدة، فالحكم كما في اليد المجردة، وإن طالت، فوجهان: قال أبو إسحق رحمه الله: لاتجوز الشهادة بالملك لأن الغاصب، والوكيل، والمستأجر أصحاب يدٍ، وتصرف.

وقال الإصطخري: تجوز لأن امتداد اليد والتصرف من غير منازعة منازع يغلب على ظن المِلكِ.

---

(١) "و" ليست في: ز.

(٢) "التسامع" ليست في أ.

(٣) "أو البيع" ليست في: أ.

(٤) في: أ "الإعتبار".

(٥) "و" ليست في: أ.

(٦) "أن شيخه حكى" ليست في: أ، ب، ظ.

وبهذا قال أبوحنيفة[١]، رحمه الله وكذلك أحمد رضي الله عنه[٢]، وهو الأصح عند صاحب "التهذيب"[٣] وحكاه الإمام عن اختيار[٤] الجمهور.

وعن الشيخ أبي محمد: القطع به، فإن انضمَّ إلى اليد والتصرف الاستفاضة، ونسبة الناس الملك إليه، جازت الشهادة بالملك، على الوجهين، وهو غاية ماتبنى عليه هذه الشهادة.

ونقل القاضي الروياني عن "المنهاج": قولاً: أنه لاتجوز[٥] الشهادة على الملك حتى يعرف سببه، والصحيح المشهور الأول[٦].

قال الأصحاب: ومشاهدة السبب لاتفيد معرفة الملك، فإنه وإن رآه يشتري، فقد لا يكون المبيع ملكاً للبائع. وإن رآه يصطاد، فربما اصطاده غيره، ثم أفلت، وأما التسامع وحده فهل تجوز به الشهادة على الملك؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم كالنسب والموت، وهذا لأن أسباب الملك كثيرة، ومنها مايخفى ويعسرُ الوقوف عليه، وهذا أقرب إلى إطلاق الأكثرين[٧].

والثاني: لاتجوز مالم تنضمَّ إليه اليد والتصرف، كما لا تجوز الشهادة بالتسامع على أسباب الملك، ويحكى هذا عن نصه في حرملة[٨]، واختاره القاضي الحسين والإمام[٩] وصاحب الكتاب[١٠] رحمهم الله وإيانا.

---

(١) انظر: فتح القدير ٦/٤٦٩.
(٢) انظر: الإنصاف ١٢/١٦.
(٣) انظر: التهذيب ٨/٢٢٤.
(٤) انظر: النهاية ٢٧/لوحة ١٤٦/أ.
(٥) في: أ "تجوز" وهو خطأ.
(٦) انظر: الوجيز ٢/٢٥٤، والمهذب ٢/٤٢٨.
(٧) انظر: الحاوي ٢١/٣٩.
(٨) انظر: المختصر ص ٣٠٤.
(٩) انظر: النهاية ٢٧/ لوحة ١٤٦/أ.
(١٠) انظر: الوجيز ٢/٢٥٤.

وهو[١] الجواب في "الرقم" ويوافقه مذهب أبي حنيفة رحمة الله عليه[٢].

واعلم أن جواز الشهادة على الأملاك بالتسامع مشهور في المذهب، فلعل من لايكتفي به يكتفي بانضمام أحد الأمرين، من اليد أو التصرف إليه. أو يعتبرهما جميعاً ولكن لا يعتبر[٣] طول المدة فيهما إذا انضما إلى التسامع، وإلا فهما إذا طالت مدتهما كافيان في جواز الشهادة على الأظهر.

فلا يبقى للتسامع أثر، ويشترط في جواز الشهادة بناءً على التسامع، أو على اليد والتصرف أن لايعرف له منازعاً فيه، فإن الظن حينئذٍ يتأكد.

ونقل القاضي ابن كج رحمه الله وجهين: في أنَّ منازعة من لاحجة له معه هل يمنع من الشهادة؟ ثم الكلام في شيئين:

أحدهما: طول مدة اليد، والتصرف لاتقدر، بل الرجوع فيه إلى العادة، كذلك ذكره صاحب "التهذيب"[٤] رحمه الله وغيره.

وكان المعتبر مدة تحصل فيها غلبة الظن. وفيه وجه: أن أقل المدة الطويلة[٥] سنة، وهذا كوجهٍ ذكرناه في مدة التسامع، إذا اعتبرنا امتداد مدته. وعن الشيخ أبي عاصم العبادي[٦] أن مادون العشرة أيام وجهان: وإذا زادت المدة على عشرة أيام، جازت الشهادة، والقول في عدد المخبرين. ههنا وامتداد المدة كما مرَّ في النسب[٧].

---

(١) انظر: المحرر: مخطوط تحت فصل: إنما تجوز الشهادة على الأفعال، وانظر: الروضة ١١/٢٦٩ و"إيانا" ليست في: ز.

(٢) انظر: فتح القدير ٦/٤٦٩.

(٣) في: أ "يعتبر" وهو خطأ.

(٤) انظر: التهذيب ٨/٢٢٤ و ٢٢٥.

(٥) في: ز "قصيرة وفي عشرة أيام".

(٦) "العبادي" ليست في: ب، ز. وانظر: تهذيب أدب القضاة لأبي عاصم العبادي، تأليف تلميذه أبي سعد الهروي ت ٥١٨هـ. لوحة ٨٤/أ.

(٧) "كما مر في النسب ... المخبرين" ليس في: أ، ب. وانظر: الوجيز ٢/٢٥٤، والروضة ١١/٢٦١.

وذكر القاضي ابن كج رحمه الله وجهين في أنه: هل يشترط أن يقع في قلب السامع صدق المخبرين؟ ويشبه أن يكون هذا عين الخلاف المذكور في أنه هل يعتبر خبر عدد يؤمن منهم التواطؤ، وذكر أنه تجوز الشهادة على اليد بالاستفاضة، وقد ينازع فيه لإمكان مشاهدة اليد، ولا يكفي أن يقول الشاهد سمعت الناس يقولون[١] أنه لفلان، وكذلك في النسب، وإن كانت الشهادة مبنية[٢] عليه، بل يشترط أن يقول: أشهد بأنه له، وبأنه[٣] ابنه، لأنه قد يعلم[٤] خلاف مسمعه من الناس لكن عن الشيخ أبي عاصم رحمه الله: أنه لو شهد شاهد بالملك، والآخر بأنه في يده من مدة طويلة، يتصرف فيه بلا منازع تمت[٥] الشهادة[٦]، وهذا على ماذكره الشارح[٧] لكلامه: مصير منه إلى الاكتفاء بذكر السبب، والظاهر الأول[٨].

ولا فرق في الشهادة على الملك بالتصرف والتسامع بين العقار وبين العبد والثوب إذا كان يميز المشهود به عن أمثاله.

الثاني: التصرف المعتبر في الباب هو تصرف الملاك من السكنى والدخول والخروج والهدم والبناء والبيع والفسخ بعده، والرهن وفي مجرد الإجارة وجهان.

وجه عدم الاكتفاء، أنها وإن تكررت فقد تصدر ممن استأجر مدة طويلة، ومن الموصى له بالمنفعة، وليجري هذا الخلاف في مجرد الرهن، لأن الرهن قد يصدر[٩] من المستعير، والأوفق لإطلاق الأصحاب رحمهم الله الاكتفاء بهما، واعتماد أن الغالب

---

(١) في: أ "يقول".

(٢) في: أ "مبنياً".

(٣) في: ز " بأنه له".

(٤) في: أ "ثبتت".

(٥) في: أ "ثبتت".

(٦) انظر: تهذيب أدب القضاة، لوحة ٢٢٥/٨.

(٧) "الشارح" لعله يقصد - تلميذ أبي عاصم العبادي، وهو : أبوسعد الهروي الذي شرح "تهذيب أدب القضاة"، المسمى "بالإشراف على غوامض الحكومات"، وهو المخطوط السابق.

(٨) انظر: الحاوي ٤٠/٢١، والمهذب ٤٢٨/٢، والروضة ٢٧٠/١١.

(٩) "قد يصدر" ليس في: أ.

صدور هذه التصرفات من المالكين، ولايكفي التصرف مرة واحدة فإنه لايثير[1] الظن.

المسألة الثانية: الإعسار ليس مما يشاهد ويعسر الاطلاع عليه فتبنى الشهادة فيه على القرائن، ومراقبة الشخص في الخلوات ليعرف صبره على الضر والإضافة والمسألة بشرحها مذكورة في التفليس[2]، ويعتبر فيمن يشهد به الخبرة الباطنة كالشهادة على أن لاوارث لفلان إلا فلان، بخلاف الشهادة على الملك لأن الأسباب المفيدة للظن ههنا خفية، يختص بها من يخالط الرجل ومجالسته[3] وأسباب الملك ظاهرة لايختص بها المخالطون.

فروع[4]: أحدها: حكى القاضي أبوسعد الهروي وجهاً استغربه في الدين: أنه تجوز الشهادة به بالسماع والاستفاضة كالعين، ولابن الصباغ إلمام بما ذكره.

الثاني في قبول شهادة[5] الأعمى فيما تجوز الشهادة فيه بالاستفاضة والسماع وجهان منقولان في "جمع الجوامع".

أحدهما: وبه قال ابن سريج: أنها تقبل لأن الاعتماد فيه على السماع وهو السماع كالبصير.

والثاني: المنع، لأنه لابد من مشاهدة المخبرين، ومعرفة أحوالهم، ليحصل العلم، وهذا أصح عند القاضي الروياني، والأول هو[6] جواب معظم الأصحاب، إلا أن شهادته إنما تقبل إذا لم يحتج إلى تعيين، وإشارة بأن يكون الرجل معروفاً باسمه، ونسبه الأدني ويحتاج إلى إثبات نسبه الأعلى ككونه هاشمياً أو علوياً فيشهد الأعمى بنسبه الأعلى.

وصور أيضاً في النسب الأدني: بأن يصف الشخص، فيقول الرجل الذي اسْمُهُ

---

(١) في: أ "لايشير".

(٢) انظر: الوجيز ١٧٢/١، العزيز شرح الوجيز ٢٧/٥، والروضة ٣٧٢/٣.

(٣) في: ز "ومجالسته".

(٤) في: أ "فرع".

(٥) في: أ "الشهادة".

(٦) "هو" ليست في: أ، ب، ظ.

كذا، وكنيته كذا، وسوقه ومصلاه ومسكنه كذا، فلان ابن فلان، ثم يقيم[1] الرجل بينة أخرى على أنه الذي اسمه كذا وكنيته كذا إلى آخر الصفات. وصورته في الملك أن يشهد الأعمى في دار معروفة أنها لفلان ابن فلان.

ويمكن أن يقال[2] الوجه الذاهب إلى أن شهادته لاتقبل مخصوص بما إذا كان السماع من عدد لايؤمن تواطؤهم كشخصين، وثلاثة، فأما[3] إذا حصل السماع من الجمع الكثير فلا حاجة فيه[4] إلى المشاهدة ومعرفة حال المخبرين.

الثالث: ما تجوز الشهادة به اعتماداً على السماع والاستفاضة يجوز الحلف به اعتماداً عليهما، وبل أولى لما مرَّ، أنه يجوز الحلف اعتماداً على خط الأب، ولاتجوز الشهادة. والله أعلم.

[الفصل الثالث: في بيان أحكام تحمل الشهادة وآدائها]

(قال [الغزالي]: [الفصل الثالث][5] في التحمل والأداء: ويجب الأداء على كل متعين للشهادة متحمل لها، إذا ادعى[6] من دون مسافة العدوى[7] فإن دعى من فوقها ودون مسافة القصر، أو لم يكن متعيناً، أو لم يتحمل قصداً، لكن وقع بصره عليه[8] ففي الوجوب وجهان.

ولو تعينا، وامتنع[9] أحدهما وقال: أحلف مع الآخر أثِم، ولو لم يتعين، وامتنع جميعهم، أثموا).

---

(١) في: أ "يضم".

(٢) في: أ، ب "ويقول".

(٣) في: أ، ب "وأما".

(٤) "فيه" ليست في: أ.

(٥) "الفصل الثالث" ليست في: أ.

(٦) في: ز "ادعى".

(٧) في: ز "القصر".

(٨) في: ز "عليه بصره".

(٩) في: ز "فامتنع".

[قال الرافعي]: الكلام في بيان أحكام أداء الشهادة آخراً، وتحملها أولا. أما الأداء فهو واجب في الجملة والكتمان ممنوع منه قال تعالى ﴿**ولا تكتموا الشهادة**﴾[١] الآية، وذكر صاحب الكتاب رحمه الله لضبط موضوع الوجوب قيوداً:فقال[٢]: ويجب الأداء على كل متعين للشهادة، متحمل لها إذا دعي من دون مسافة العدوى.

أحدهما: التعيين فإن لم يكن في الواقعة إلا شاهدان بأن لم يتحمل سواهما، أو مات الباقون أوجُنّوا أو غابوا فيجب عليهما الآداء ومن أبى[٣] عصى.

ولو شهد أحدهما وامتنع الآخر، وقال أحلف مع الذي شهد فهو عاصٍ أيضاً، فإن من مقاصد الإشهاد التورع عن اليمين.

قال الإمام: وكذا الشاهدان على رد الوديعة إذا امتنعا وقالا للمودع: أحلف على الرد، ولو لم يكن في الواقعة إلا شاهد واحد، فإن كان الحق مما يثبت بشاهد ويمين فعليه الأداء، وإلا لم يجب، لأن المقصود لايحصل به.

وحكى القاضي ابن كج وجهاً آخر أنه يجب لأنها أمانة لزمته والمدعي ينتفع بأدائها في اندفاع بعض تهمة[٤] الكذب، وإن لم ينتفع في ثبوت الحق، وإن كان في الواقعة شهود، فالأداء فرض على الكفاية، إذا قام به اثنان منهم، سقط الفرض عن الباقين، وإن طلب الأداء من اثنين ففي وجوب الإجابة عليهما وجهان.

وعن ابن القاص قولان[٥]:

أحدهما: لايجب كما أن من دعى للتحمل لايجب عليه الإجابة إذا لم يتعين، وبهذا أجاب أبو القسم[٦] الصيمري.

---

(١) سورة البقرة، آية ١٨٣.
(٢) في: أ "قال".
(٣) في: أ "أتى" وهو خطأ.
(٤) في: ز "بعض التهمة".
(٥) لم أجد القولين لابن القاص في "أدب القضاء" و "التلخيص".
(٦) "أبوالقاسم" ليست في: ز.

وأصحهما: وبه قال أبوإسحق رحمه الله: يجب وإلا لأفضى إلى التواكل، ولأن من عينه قد يكون أظهر عدالة، فيسارع القاضي إلى قبول قوله، وليس كالتحمل لأن هناك يطلب منه تحمل أمانة، وههنا يطلب منه[١] أداء أمانة تَحَمَّلَهَا، قال الإمام رحمه الله: وموضع الوجهين ما إذا علم المدْعوان[٢] أن في الشهود من يرغب في الأداء و[٣] لم يعلما من حالهم رغبة ولا إباءً.

أما إذا علما إباءهم فليس ذلك موقع الخلاف.

القيد الثاني: كونه متحملاً لها عن قصد، أما من سمع الشيء أو وقع بصره[٤] عليه اتفاقاً ففي الوجوب وجهان مذكوران في "النهاية".

أحدهما: لايجب، لأنه لم يوجد منه التزام، وإذا تحمل قصداً كان ملتزما فجعل كضمان الأموال، وأوفقهما لإطلاق أكثرهم: أنه كالتحمل قصداً، لأنها أمانة حصلت عنده، فعليه الخروج عنها، وهذا كما أن الأمانات المالية، تارة تحصل عنده بقبول الوديعة، وتارة [بتطيير الريح][٥].

القيد الثالث: أن يُدْعى لأداء الشهادة من مسافة قريبة، ومهما كان القاضي في البلد فالمسافة قريبة، وكذا لو دُعِيَ إلى مسافة يتمكن المبكر إليها من[٦] الرجوع إلى أهله، وجبت الإجابة للحاجة إلى الإثبات، وتعذر الإثبات بالشهادة على الشهادة، والمسافة هذه هي التي تسمى مسافة العدوى. وقد بينّا في النكاح[٧] سبب هذه التسمية، وإن دعى إلى مسافة القصر، لم تجب الإجابة، وإن كانت دون مسافة القصر، لكن لايتمكن المبكر إليها من[٨] الرجوع فوجهان، بناء على أن الشهادة على الشهادة في

---

(١) في: أ، ب "يطلب ".

(٢) في: أ، ب "المدّعون".

(٣) في: ز، د، أ "ولا".

(٤) في: ب "عليه بصره".

(٥) "بتطيير الريح" هكذا بجميع النسخ، ولم ترد في الروضة.

(٦) في: أ "في".

(٧) انظر: الوجيز ٢/٧، والروضة ١١/٢٩٥.

(٨) في: أ "في".

مثلها، هل تقبل؟ أقربهما القبول، وعدم وجوب الإجابة للمشقة.

وهذا كله تفريع على أن الشاهد، يجب عليه الحضور عند القاضي لأداء الشهاده، وهو الصحيح[١]. وإلا لتعب القاضي في الطوف على أبواب الشهود،وسقط وقعه، أو ضاعت الحقوق.

وعن القاضي أبي حامد رحمه الله: أنه ليس على الشاهد إلا أداء الشهادة إذا اجتمع مع القاضي.

وقوله في الكتاب: "فإن دعى من فوقها" بعد قوله "من دون مسافة العدوى" ظاهره عود الكتابة إلى مسافة العدوى، وحينئذٍ فحكم مسافة العدوى يكون مسكوتاً عنه. ولو قال: فإن دعى من فوقه، لعادت الكتابة إلى مادون مسافة العدوى، ولدخلت[٢] مسافة العدوى، وما فوقها، فهذه هي القيود المذكورة[٣] في الكتاب.

ووراءها قيد رابعٌ: وهو أن يكون الشاهد عدلاً، فإن كان فاسقاً ودعى لأداء الشهادة نظر: إن كان فسقه مجمعاً عليه، إما ظاهراً أو خفياً، لم يجز له أن يشهد فضلاً عن الوجوب، وإن كان مجتهداً فيه كشرب النبيذ فعليه أن يشهد،وإن عهد من القاضي التفسيق، ورد الشهادة به، لأنه قد يتغير اجتهاده هذا هو الأظهر.

و[٤] في "أمالي ابن الفرج السرخسي"[٥] وجه: أنه لايجب في الفسق المجتهد فيه إذا كان ظاهرا[٦]، لأن الظاهر استمراره على اجتهاده.

وفي كتاب القاضي ابن كج رحمه الله: إطلاق القول بأن عليه أن يشهد، إن كان فسقه خفياً، وإطلاق وجهين: فيما إذا كان ظاهراً، وحكى وجهين في أنه هل للشاهد أن

---

(١) انظر: الروضة ٢٧٢/١١.

(٢) في: أ، ب، ظ "لدخل".

(٣) "المذكورة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) "و" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) "السرخسي" ليست في: ز.

(٦) ورد بهامش العزيز ٧٧/١٣ "ماذكره في المجمع عليه صحيح في الفسق الظاهر، أما الفسق الخفي، فلا، لأنها شهادة بحق، وإعانة على حق في نفس الأمر، ولا إثم على القاضي إذا لم يقصر، وإنما هذا شيء قاله القاضي الحسين والبغوي، وتبعهما الرافعي".

يشهد بما يعلم أن القاضي يرتب عليه مالا يعتقده الشاهد، كالبيع الذي تترتب[1] عليه الشفعة بالجوار، والشاهد لايعتقد الجوار مثبتاً للشفعة؟

وإذا كان أحد الشاهدين عدلاً،والآخر فاسقاً فسقاً مجمعاً[2] عليه، لم يجب على العدل الأداء تفريعاً على الصحيح إذا كان الحق لايثبت بشاهد ويمين.

وقيدٌ خامس: وهو أن لايكون معذوراً بمرض ونحوه، فإن المريض[3] الذي يشق عليه الحضور لايكلف أن يحضر ويؤدي، بل إما أن يشهد على شهادته أو يبعث القاضي إليه من يسمع شهادته، والمرأة المخدرة كالمريض، وفيها الخلاف، الذي سبق في الباب الثالث من "آداب[4] القضاء"[5].

وغير المخدرة يلزمها الحضور والأداء وعلى الزوج أن يأذن لها فيه. ذكره القاضي ابن كج رحمه الله.

وإذا اجتمعت شرائط الوجوب فلا يرهق الشاهد إرهاقاً، بل لو كان في صلاة أو حمام، أو على طعام، فله التأخير إلى أن يفرغ، وعن أبي الحسين بن القطان، رحمه الله حكاية[6] قولين: في[7] أنه هل يمهل إلى ثلاثة أيام؟ قال القاضي ابن كج رحمه الله. والظاهر المنع، وذكر أنه لو شهد، ورد القاضي شهادته بعلة الفسق، ثم طلب المدعي منه أن يشهد عند قاضٍ آخر، فعليه الإجابة، وعند ذلك القاضي لايجب. وفيه وجه.

وأنه لو دعى لأداء الشهادة عند أمير، أو وزير فعند ابن القطان لايجب عليه أداء الشهادة عندهما، وإنما يلزم عند من له أهلية سماع الشهادة وهو القاضي، قال وعندي يجب إذا علم أنه يصل به الحق إلى المستَحِقِّ[8].

---

(١) في: ب، ظ "ترتب".

(٢) في: أ "جمعا".

(٣) في: أ "المرض".

(٤) في: ب "أدب".

(٥) انظر: الوجيز ٢/٢٤٦ و ٢٤٧، والروضة ١١/١٩٧.

(٦) في: أ "وجهين أو قولين".

(٧) "في" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) قال النووي في الروضة ١١/٢٧٤ "قلت: قول ابن كج أصح".

=

فرع: حكى الشيخ أبو الفرج الزاز[١] وجهين: في أنه هل يجب الحضور عند القاضي الجائر والمتعنت وأداء الشهادة؟ لأنه لايأمن الشاهد رد شهادته جوراً وتعنتاً فيتغير به[٢]، وعلى هذا فعدالة القاضي / واستجماعه الصفات المرعية شرط آخر[٣] من شرائط الوجوب[٤]. ٥٢٦/ز

فرع: إذا امتنع الشاهد عن أداء الشهادة بعد وجوبه حياءً[٥] من المشهود عليه. قال القاضي الحسين رحمه الله يعصي، ولايجوز للقاضي قبول شهادته في شيء أصلاً حتى يتوب ويوافق هذا ما قيل: أن المدعي لو[٦] قال للقاضي لي عند فلان شهادةٌ وهو يمتنع[٧] من أدائها فأحضره ليشهد، لم يجبه القاضي، لأنه فاسق بالامتناع، بزعمه فلا يُنْتفع

= وورد بهامش العزيز ٧٨/١٣ الآتي: "قال في الخادم: وينبغي حمل كلام ابن كج، والشيخ أبي حامد وغيرهما أي ممن وافق ابن كج على ما إذا علم أن الحق لايتخلص إلا عند الأمير، أو الوزير، وإليه يرشد قول ابن كج. إذا علم أنه يصل إلى الحق، وما استشهد به، لا دلالة فيه، فإنه يصدق بما ذكره مع قدرة القاضي على اتصال حقه، نعم لو قال ابن كج: إذا علم أنه يصل إلى حقه إلا به لظهر ذلك، ثم قال في الخادم بعدما تقدم: أما إذا علم أن القاضي يقدر على تخليصه، فلا وجه لإقامة الشهادة عند من ليس أهلاً لسماعها، وقد جزم في الروضة، باب القضاء على الغائب، بأن منصب سماع الشهادة يختص بالقضاة، فلا يعدل عن ذلك لضرورة، ولعل مانقله في المهمات عن ابن سراقة: من أن الأكثرين على المنع، محمول على هذه الحالة، ولا يعارض ذلك كلام ابن كج وغيره. ثم هذا كله في العدل، أما الجائر فلا يجب قطعاً، وقد صرح بذلك الدارمي. فقال: إذا دعي ليشهد عند غير حاكم، كأمير، ونحوه، فإن كان جائرا، لم يجب، وإن كان عدلاً، فوجهان.

وفي فتاوي القاضي أبي بكر الشاشي، صاحب القاضي أبي الطيب: إذا استدعي ليشهد عند سلطان جرت عادته أن يقابل على الجناية بأكثر من عقوبتها، لم يجز له أن يشهد عنده.

وفصل الماوردي، والروياني: فقالا: إن دعي ليشهد عند جائر، فإن كان جوره في الحق المشهود به، لم يلزمه الإجابة، وإن كان في غيره لزمه".

(١) "الزاز" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) "به" ليست في: أ، ب، ظ. "فيعتبر" ليست في: ظ.

(٣) "آخر" ليست في: ظ.

(٤) قال النووي في الروضة ٢٧٣/١١ "الراجح الوجوب. والله أعلم".

(٥) في: ب، ظ "حياً" وهو خطأ.

(٦) في: أ "أو".

(٧) في: ز "ممتنع".

بشهادته[١] والله أعلم.

[فصل: في حكم تحمل الشهادة وأخذ الأجرة عليها وعلى كتابة الصكوك]

(قال [الغزالي]: ولايستحق الشاهد أجرة إلا أجرة المركوب، ثم له أن لايركب والكاتب يستحق، والتحمل في عقد النكاح من فروض الكفايات و[٢] في سائر المعاملات، وجهان، إذ قد[٣] يستغني عنها الانعقاد دون الإثبات، وكذا كتابة الصكوك، من فروض الكفايات على أحد الوجهين).

[قال الرافعي]: في هذه البقية التعرض لثلاثة أمور: هي أن الشاهد هل يأخذ شيئًا؟ وحكم تحمل الشهادة في الابتداء. وحكم كتابة الصكوك، وأخذ الأجرة عليها. ونحن نذكرها من غير رعاية ترتيب الكتاب.

فأحد[٤] الأمور الثلاثة حكم التحمل: وهو من فروض الكفايات في النكاح، لتوقف الانعقاد عليه، فلو امتنع الكل عنه أثموا، ولو طلب من اثنين التحمل، وهناك غيرهما، لم يتعينا بخلاف ما إذا تحمل جماعة وطلب من اثنين منهم الأداء لما مرَّ.

وأما في التصرفات المالية والأقارير، فهل التحمل من فروض الكفايات؟ فيه وجهان:

أحدهما لا. وإنما هو مندوب إليه؛ لأن صحتها واستيفاء مقاصدها لايتوقف عليه.

وأشهرهما: وبه أجاب العراقيون وغيرهم، نعم لأن الحاجة تمس إلى تأكيدها، وتمهيد طريق إثباتها عند التنازع ومصالح الخلق، لايتم إلا بها.

وعن ابن القطان رحمه الله: تخصيص الخلاف بما إذا لم يتقابضا لتأجيل[٥] أو

---

(١) في: أ "تنفع شهادته". قال النووي في الروضة ٢٧٤/١١ "ينبغي أن يحمل على ما إذا قال: هو ممتنع بلا عذر".

(٢) "و" ليست في: أ.

(٣) "قد" ليست في: ز.

(٤) في: أ، ب، ظ "وأحد".

(٥) في: أ "التأجيل".

غيره، فأما بعد التقابض، فلا يجب التحمل بحال، ومنهم من يقتضي إيراده طرد الخلاف في النكاح أيضاً.

وإذا قلنا بالافتراض[1]، فذاك إذا أحضره المتحمل[2]، أما إذا دعي للتحمل فقد حكى القاضي ابن كج رحمه الله عن بعض الأصحاب أن عليه الإجابة، كما إذا دعي للأداء.

وعن القاضي أبي حامد رحمه الله: أنه لايجب، وهذا ما أورده صاحب "التهذيب"، وأبو الفرج، إلا أن يكون المتحمل[3] معذوراً بمرض أو حبس فتجب الإجابة، وكذا في المرأة المخدرة إذا أثبتنا للتحذير أثراً، وكذا إذا دعاه القاضي ليشهده[4] على أمر ثبت عنده، فعليه الإجابة كيلا يحتاج القاضي إلى التردد على أبواب الشهود فتتعطل مصالح الناس.

والثاني: إن تطوع الشاهد بتحمل الشهادة وأدائها، فقد أحسن، وإن طمع في شيء فذاك، إما رزق من بيت المال أو شئ من مال المشهود له، أما الرزق، فقد ذكر الشيخ أبوحامد، وابن الصباغ وآخرون أن الشاهد في أخذ الرزق من بيت المال لتحمل الشهادة [وأدائها كالقاضي، والتفصيل فيه قد مر.

وقال: ابن القاص: لايأخذ الشاهد شيئاً من بيت المال][5] ولا غيره، فإن قلنا: بالأول وهو الأقرب، فلو رزقه الإمام من ماله أو رزقه واحد من الناس فيكون الحكم كما ذكرنا[6] في القاضي وأما مال المشهود له فليس للشاهد أخذ أجرة على أداء الشهادة، ووجهوه بأن الأداء فرض متوجه عليه فلا يأخذ عليه شيئاً وقد يوجه أيضاً بأنه كلام يسير لا أجرة لمثله، وأما[7] إتيان القاضي، والحضور عنده فقد أطلق صاحب

---

(١) في: ب، ظ "الإقراض".
(٢) في: ز "حضره المتحمل". وفي ظ: أحضره المتحمل".
(٣) في: أ، ب: المتحمل".
(٤) في: ب، ظ "ليشهد".
(٥) من قوله: "وأدائها كالقاضي ... من بيت المال" ليس في: أ، ب، ظ.
(٦) انظر: الروضة ١١/١٣٧.
(٧) في: ز "أما". وفي: ظ "فأما".

الكتاب:أن له أن يطلب أجرة المركوب، من غير فرق بين أن يكون القاضي معه في البلد، أو لايكون، وعلى[١] ماحكى الإمام، وصاحب "التهذيب" رحمهما الله مخصوص بما إذا لم يكن معه، في البلد، بل كان يأتيه من مسافة العدوى، فما فوقها، فأما إذا كان معه في البلد فلا يأخذ شيئاً، وضم في "التهذيب" نفقة الطريق إلى أجرة المركوب[٢]، وحكى وجهين فيما لو دفع إليه شيئاً ليصرفه إلى نفقة الطريق وكراء المركوب، هل له أن يصرفه إلى غرض[٣] آخر، ويمشي راجلاً؟ قال[٤]: وهما كالوجهين، فيما إذا دفع إلى فقير[٥] شيئاً. وقال[٦] اشتر به لنفسك ثوباً هل له صرفه[٧] إلى غير الثوب؟

والأظهر[٨] الجواز، وهو الجواب في الكتاب، فهذا ما قيل في: أن الشاهد يأخذ من مال المشهود له، فلم يتعرض أكثرهم لما سوى ذلك، نعم في "تعليق الشيخ أبي حامد" رحمه الله: أنه لو كان الشاهد فقيراً يكتسب قوته يوماً بيوم، وكان في صرف الزمان إلى أداء الشهادة مايشغله عن كسبه، فلا يلزمه الأداء. إلا إذا بذل المشهود له قدر مايكسبه[٩] في ذلك الوقت، هذا في طرف الأداء.

ولو طلب الشاهد أجرة ليتحمل فإن لم تتعين، فله الأخذ، وإن تعين فوجهان:

أظهرهما: الجواز،كما ذكرنا في الإجارة وإذا[١٠] تعين شخص لتجهيز الميت أو تعليم الفاتحة.

قال الشيخ أبوالفرج رحمه الله: وهذا إذا دُعي[١١] ليتحمل[١٢]، فأما إذا أتاه

---

(١) في: ز ، ظ "ولكنه على".
(٢) في: ظ "الركوب".
(٣) في: أ، ب "عوض".
(٤) "قال" ليست في: ظ.
(٥) في ظ: "بصير".
(٦) في: أ، ب، ظ "قال".
(٧) في: ظ "له أن يصرفه".
(٨) في: أ "الأشبه".
(٩) في: ب "يكتسبه". وفي: ظ "يكتسب".
(١٠) في: أ "إذا".
(١١) في: أ "إذا ادعى".
(١٢) في: ز "ليتحمله".

المحمل، فليس للتحمل[1] والحالة هذه أجرة،وليس له أن يأخذ شيئاً.

واعلم أن قضية قولنا: أنه يطلب الأجرة إذا دعى للتحمل أن يطلب الأجرة إذا دعي للأداء، من غير فرق بين أن يكون القاضي معه في البلد،أو لايكون[2]،كما لا فرق في التحمل،وأن يكون النظر إلى الأجرة مطلقاً، لا إلى نفقة الطريق، وكذا المركوب خاصة ثم هو يصرف المأخوذ إلى مايشاء ولايمنع من ذلك كون الأداء فرضاً عليه كما ذكرنا في التحمل مع تعينه على أظهر الوجهين[3].

والثالث[4]: كتبة الصكوك،هل هي من فروض الكفايات؟ فيه وجهان:

أشبههما:وهو المذكور في "أمالي أبي الفرج السرخسي"، نعم، لأنه لايستغني عنها في عصمة الحقوق والأموال، ولها أثر ظاهر في التذكر، وإن لم يجز الاعتماد على الخط وحده، وهما كالوجهين في التحمل ، لكن التحمل أولى بالافتراض[5]، لأن[6] الحجة تقوم[7] بالشهود لا بالكتاب، فإن قلنا لايجب الكتبة، أو قلنا يجب، ولم يتعين الشخص للكتبة فله طلب الأجرة وإن تعين فكذلك في أظهر الوجهين، وهذا إذا لم يرزق الإمام كاتب[8] الصكوك من بيت المال فإن رزقه[9] قنع به ولا أجرة له[10].

وقوله في الكتاب "لا أجرة له إلا أجرة المركوب" يجوز أن يعلم بالواو، لما نقلنا عن تعليق الشيخ أبي حامد، وكذا قوله ثم له أن لايركب. لأحد الوجهين المحكيَّيْن عن

---

(١) في: أ "للمحمل".

(٢) في: أ، ب "ولايكون".

(٣) قال النووي في الروضة ٢٧٦/١١ "هذا الذي أورده الرافعي - رحمه الله - ضعيف مع أنه خلاف قول الأصحاب، كما سبق، فإن فُرِضَ ما يحتاج إلى الركوب في البلد، فهو محتمل، والوجوب ظاهر حينئذٍ".

(٤) في: ز "اما لثالث". وفي ب، ظ : "والثالث".

(٥) في: ب، ظ "بالاقراض".

(٦) في: ز "فإن".

(٧) "تقوم" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) في: أ، ب، ظ "لكاتب".

(٩) في: أ ، ب، ظ "رزق".

(١٠) "له" ليست في: ب.

"التهذيب" ويمكن أن يُعلم قوله "والكاتب يستحق أيضاً" لأنه مُطْلَقٌ، وقد عرفت وجهاً: أنه لايستحق، إذا قلنا: إن الكتابة فرضٌ وتعين. وا لله أعلم.

وهذه[١] آداب للتحمل والأداء منقولة "من"[٢] مختصر أبي القاسم الصيمري رحمه ا لله في هذا الباب.

لاينبغي[٣] للشاهد أن يتحمل الشهادة، وبه مايمنعه من الضبط وتمام الفهم كجوع، وعطشٍ، وهمٍ وغضبٍ.

كما لايقضي القاضي في هذه الأحوال، وإذا أتاه من لاتجوز الشهادة عليه كصبي ومجنون لم يلتفت[٤] إليه وإن أتى بكتاب أُنشيء[٥] على مالايجوز بالإجماع وكذلك يتبين فساده وإن أنشيء على مايختلف الفقهاء فيه وهو لايعتقد،[٦] فعن بعض[٧] الأصحاب رحمهم ا لله: أنه يُعرضُ[٨] عنه. قال: وليس كذلك، بل يثبت شهادته فيه، وينقله إلى الحاكم عند الحاجة فيحكم باجتهاده، وقد مر هذا الخلاف، أو مثله وإذا رأى في الكتاب كلمة مكروهة، أو معادة، فلا بأس بالضرب عليها سيما إذا لم يسبقه[٩] بالشهادة أحدٌ وإن أغفل أي أهمل[١٠] الكاتب مالابد منه ألحقه، وإن رأى سطراً ناقصاً اشغل[١١] موضع النقصان بخطةٍ أو خطتين، وإذا قرأ الكتاب على المتابيعين مثلاً وقال عرفتما مافيه أشهد عليكما فقالا، نعم أو أجل، أو بلى، كفى للتحمل، ولا يكفي أن يقول المحمل: الأمر إليك، أو إن شئت، أو كما ترى، أو استخير ا لله تعالى. وا لله أعلم.

---

(١) في: أ، ب، ظ "هذه آداب التحمل".
(٢) في: ز "عن".
(٣) في: أ، ب، ظ "أن" زائدة.
(٤) في: أ "يلفت".
(٥) "انشي" ليست في: ظ.
(٦) في: أ "وهؤلاء يعتقده" وهو غير صحيح.
(٧) في: أ "نص".
(٨) في: ز "معرض".
(٩) في: أ "بشقه".
(١٠) "أي أهمل" ليست في: ب، ز، ظ.
(١١) في: أ "أشغل".

وإذا سمع إقراراً بدين أو عتق أو طلاق، فله أن يشهد به، ولكن لايقول، ولا يكتب أشهدني بذلك، ويثبت الشاهد في الكتاب الذي يتحمل فيه اسمه، واسم أبيه وجده، ويجوز أن يترك اسم الجد وأن يتخطى إلى جد أعلى لشهرته، ولا يثبت الكنية إلا أن يكون في الشهود من يشاركه في الاسم والنسب فيميز بالكنية، ويستحب الاستعانة بما يفيد التذكر كما قدمناه في الباب الثاني من أدب القضاء[1]، وإذا أشهده[2] القاضي على شيء سجل به كتب الشهادة على انفاذ القاضي مافيه، أو حكمه بما فيه، ولايكتب الشهادة على إقراره، كأنه يعني إذا حضر الإنشاء والأولى في كتاب الدين المؤجل أن يقرر من له الدين أولاً، بأن يقول: ما الذي لك على هذا؟ فإذا قال: كذا مؤجلاً قرر من عليه الدين، لأنه لو[3] أقر من عليه الدين أولاً فقد ينكر صاحبُ الأجل فيقع في الخلاف.

وفي السلم يقرر[4] المسلم أولاً خوفاً من أن ينكر السَّلَم، لو أقر صاحبه أولاً ويطالبه بالمدفوع إليه. وإذا أتى القاضي الشاهد لأداء الشهادة أقعده عن يمينه، وإذا كانت شهادته مثبتة في كتاب أخذه وتأمله فإذا سأله المشهود له استأذن القاضي ليصغى إليه. وعن أبي عاصم العبادي: أن الشهادة قبل استئذان القاضي أو سؤاله لاتصح.

والظاهر الأول، نعم لو شهد من غير استئذانه وقال القاضي كنت ذاهلاً لم أسمع، لم يعتد بما جرى. والله أعلم.

---

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٤٢، والروضة ١١/١٥٩.

(٢) في: ظ "وإذا شهد".

(٣) في: أ "إن".

(٤) في: أ "تقرير".

[الباب الرابع: في الشاهد واليمين]

(قال [الغزالي]: الباب الرابع في الشاهد واليمين:

وكل مايثبت برجل وامرأتين، يثبت بشاهد ويمين، إلا عيوب النساء وبابها، ثم القضاء بالشاهد أو باليمين أو بهما فيه ثلاثة أوجه، ويظهر أثره في الغرم عند الرجوع).

حكم القضاء بالشاهد واليمين وأدلته

[قال الرافعي]: يجوز القضاء في الجملة(١) بشاهد ويمين، وبه قال مالك(٢) وأحمد(٣) خلافا لأبي حنيفة(٤) رحمهم الله.

لنا ما روي عن ابن عباس وجابر وأبي هريرة رضي الله عنهم: أن النبي ﷺ قضى بالشاهد مع اليمين(٥).

وروى أنه ﷺ "قضى بالشاهد الواحد مع يمين الطالب"(٦)

---

(١) انظر: المختصر ص ٣٠٥، الحاوي ٧٤/٢١، والمهذب ٤٢٧/٢، والروضة ٢٧٨/١١، ومغني المحتاج ٤٥١/٤.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٦، والشرح الكبير ١٨٧/٤.

(٣) انظرك المقنع ص ٣٥٠، والمغني ١٣٠/١٤.

(٤) انظر: الهداية ١١٧/٣ و ١١٨. والمبسوط ٣٠/١٧.

(٥) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي ٤/١٢ من كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعي عليه. بإسناده عن ابن عباس "أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد".
وأخرجه ابوداود ٣٠٨/٣، من كتاب الأقضية - باب - القضاء باليمين والشاهد، والترمذي ٤٠٠/٢، أبواب الأحكام، باب ماجاء في اليمين.
انظر: تلخيص الحبير ٢٠٥/٤، وانظر: ارواء الغليل ٢٩٦/٨.

(٦) الحديث: أخرجه الترمذي ٤٠٠/٢، أبواب الأحكام، باب ماجاء في اليمين مع الشاهد، ثم قال "وهذا أصح. وهكذا روى سفيان الثوري عن جعفر بن محمد عن أبيه ... مرسلاً".
وأخرجه ابن ماجه ٧٩٣/٢، كتاب الأحكام، باب القضاء بالشاهد واليمين بلفظ "أن النبي ﷺ أجاز شهادة الرجل ويمين الطالب".
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٨٧/١٠، كتاب الشهادات، باب القضاء باليمين.
وانظر: تلخيص الحبير ٢٠٥/٤، حيث قال "... فائدة" ذكر ابن الجوزي في التحقيق عدد من رواه فزادوا على عشرين صحابياً، وأصح طرقه حديث ابن عباس، ثم حديث ابي هريرة أخرجه أبوداود وحسنه الترمذي...".

[قال الرافعي] ثم الكلام في ثلاثة فصول:

[الفصل الأول: في موضع الشاهد واليمين]

أحدها: في موضعه وفيه عبارتان:

إحداهما وهي[١]: المذكورة في الكتاب:أن مايثبت برجل وامرأتين يثبت بشاهد ويمين إلا عيوب النساء، وما في معناها، ومالايثبت برجل وامرأتين لايثبت بشاهد ويمين.

والثانية: أن الثابت بالشاهد واليمين هو الأموال بأعيانها، وديونها، ومايقصد منه المال كالبيوع والهبات[٢] والقِراض[٣] والمساقاة[٤]، وكإتلاف الأموال والجنايات[٥] التي توجب المال كالخطأ وشبه العمد وكالجوائف[٦] وكذلك حقوق الأموال كالرهن[٧] والأجل والخيار على ماتبين فيما يثبت بشهادة رجل وامرأتين، وإنما اختص القضاء

---

(١) "هي" ليست في: ب.. وفي ظ: "أحدهما: وهو".

(٢) لغة: مأخوذة من هبوب الريح، ويجوز أن تكون من هب من نومه إذا استيقظ. انظر المصباح المنير ٦٣٣/٢.
شرعاً: تمليك بلا عوض.
انظر: شرح الجلال المحلى ١١٠/٣، وانظر القاموس الفقهي ص ٦٩٠.

(٣) هو بكسر القاف، مشتقة من القرض، وهو القطع لأن المالك يقطع للعامل قطعه من ماله يتصرف فيها. وقطعه من الربح. انظر: المصباح المنير ٤٩٨/٢.
شرعاً: أن يدفع إلى شخص مالاً ليتجر فيه والربح مشترك. انظر: شرح الجلال المحلى ٥١/٣.

(٤) مأخوذة من السقي بسكون القاف لاحتياجها إليه لكونه أكثر أعمالها، أو من السقي بكسر القاف، وتشديد الياء وهو صغار النخل.
انظر: المصباح المنير ٢٨١/١، والقاموس الفقهي (١٧٦).
شرعاً: معاقدة دفع الشجر، والكروم، إلى من يصلحه بجزء معلوم.
انظر: شرح الجلال المحلى ٦٠/٣، القاموس الفقهي ص ١٧٦.

(٥) جمع جناية وهي الذنب والجرم. انظر: المصباح المنير ١١٢/١.
شرعاً: اسم لفعلٍ محرمٍ حل بمال أو نفس. انظر: القاموس الفقهي ص ٧٠.

(٦) جمع جائفة وهي اسم فاعل من (جافته) تجوفه إذا وصلت إلى الجوف. انظر: المصباح المنير ١١٤/١.
شرعاً: الجراحة الواصلة إلى الجوف الأعظم. انظر: روضة الطالبين ١٢٧/٧.

(٧) رهن الشئ (يرهن) (رهوناً) ثبت ودام فهو راهن. انظر: المصباح المنير ٢٤٢/١.
شرعاً: مايتحقق بعاقد ومعقود عليه وصيغة. انظر: شرح الجلال المحلي ٢٦١/٢.

بالشاهد واليمين بالأموال وحقوقها لأن عمرو بن دينـار[١] رواي الخبر عـن ابـن عبـاس رضي الله عنه، لما روي الخبر. قال وذلك في الأموال.

وقول الراوي متَّبَعٌ في تفسير مايرويه وتخصيصه، وأيضاً فقد روي عن أبـي هريـرة رضي الله عنه ان النبي ﷺ قال"استشرت جبريل عليه أفضل الصـلاة والسـلام في القضـاء باليمين مع الشاهد فأشار عليَّ بذلك في الأموال لاتعد وذلك"[٢] وإنما امتنع القضاء بشاهد ويمين في غيوب النساء وما في معناها لأنها أمور خطيرة[٣] بخلاف الأموال وقبول شـهادة النساء فيهـا مـن جهـة أن الرجـال لايطلعـون عليهـا غالبـاً، وهـل يجـوز القضـاء بشـهادة امرأتـين[٤] مـع اليمـين؟ أمـا في الأمـوال فـلا خلافـاً لمـالك[٥] رضـي الله عنــه، واحتـج الأصحاب رضي الله عنهم بأن المنضـم إلى اليمـين إذا شـهدت امرأتـان أضعـف شـطري الحجة فلا يقنع [بانضمام الضعيف إلى الضعيف كما][٦] لايقنع بانضمـام شـهادة امرأتـين [إلى شهادة امرأتين][٧].

وأما[٨] فيما يثبت بشهادة النسوة وحدهّن فإن أبا الفـرج السرخسـي رحمـه الله: حكى عن طائفةٍ منهم الشيخ أبوعلي رحمه الله: أنه يجوز لأن المنضم حينئذٍ شـطر تـام لا أضعف الشطرين.

وعن آخرين المنع، لأنـه لم ينضـم إليهـا أقـوى الشـطرين، فلـم يكـن في معنـى[٩] المنصوص، وهذا أوفق لإطلاق عامة الناقلين رحمهم الله.

---

(١) عمرو بن دينار المكي، أبو محمد الأثرم، الجمحي مولاهم، أحد الأعلام، ثقة ثبت، كثير الحديث، صدوقاً عالماً، مات سنة ست وعشرين ومائة. انظر: تهذيب التهذيب ٣٦/٨ و ٢٧.

(٢) الحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٥/٤ "الدارقطني بإسناد ضعيف".

(٣) في: ز ، ظ "خطرة".

(٤) في: أ "رجل وامرأتين".

(٥) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٦، والشرح الكبير ١٨٧/٤.

(٦) "بإنضمام الضعيف إلى الضعيف كما" ليست في: ز.

(٧) "إلى شهادة امرأتين" ليست في: أ.

(٨) في: أ "فأما ما". وفي ظ: "وأمام ما".

(٩) في: أ "مضى".

[الفصل الثاني: في القضاء بالشاهد أو باليمين أو بهما]

الثاني: هل[1] القضاء بالشاهد أو باليمين أو بهما؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه بالشاهد لأن إثبات الحق باليمين بعيدٌ لكن يؤكد بها الحجة[2] كالحجة المقامة[3] على الغائب والميت.

والثاني: باليمين والشاهد يُقوى جانب[4] المدعي، كاللوث في القسامة لأن الشاهد الواحد ليس بحجة واليمين[5] حجة في الحكم[6] وربما استأنس صاحب هذا الوجه برواية من روى أنه ﷺ "قضى باليمين مع الشاهد" وصاحب الأول برواية من روى "أنه قضى[7] بالشاهد الواحد مع يمين الطالب" وجعلا مادخل عليه كلمة "مع" شرطاً.

وأصحهما:أن القضاء[8] يقع[9] بهما جميعاً كما يقع بالشاهدين، وفائدة الاختلاف تظهر فيما لو رجع الشاهد، فعلى الأول يغرم إذا جعلنا الرجوع سبباً للغُرم، وعلى الثاني لايغرم وعلى الثالث يغرم النصف.

وقال الإمام[10] رحمه الله: ويحتمل على الوجه الثاني أن يخرج الغُرْم على الخلاف في أن المزكي[11] هل يغرم؟ لأن القضاء وإن كان باليمين فقول[12] الشاهد هو الذي نفذه ويجئ مثل هذا في النصف على الوجه الثالث.

[الفصل الثالث: في كيفية يمين المدعي مع الشاهد].

---

(١) في: ظ "هل".
(٢) "الحجة" ليست في: ظ. و "كالحجة" ليست في: أ.
(٣) في: ظ "القائمة".
(٤) في: أ، ز "ويقوي جنبه" وليس في: ظ.
(٥) في: أ "والنهي حجة".
(٦) في: ز "الجملة".
(٧) "أنه صلى الله عليه وسلم ... الأول" ليست في: أ، ب، ظ.
(٨) "أن القضاء" ليست في: ز.
(٩) "يقع" ليست في: ظ.
(١٠) "الإمام" ليست في: ب.
(١١) في: أ "المكى".
(١٢) في: أ، ظ "فيقول".

والفصل الثالث في كيفيته: وإنما يحلف المدعي بعد شهادة الشاهد، وتعديله فإن جانبه إنما يتقوى حينئذ وإنما يحلف من قوي جانبه، ولذلك يحلف المدعى عليه، فإن الأصل يقوي جانبه ويحلف المدعي إذا نكل المدعى عليه، لأن النكول قوى جانبه، وعن ابن أبي هريرة رحمه الله: أنه يجوز تقديم اليمين، كما يجوز أن تتقدم شهادة المرأتين على شهادة الرجل، حكاه عنه القاضي أبوحامد فيما ذكره الشيخ أبوحامد وللإمام إحتمال في[1] التقديم[2] على تعديل الشاهد، ويجب أن يتعرض المدعي في اليمين لصدق الشاهد فيقول: والله إن شاهدي لصادق، وإني مستحق[3] لكذا.

قال الإمام رحمه الله: ولو قدم ذكر الحق، وأخر تصديق الشاهد، فلا بأس، ولم أجد أحداً يضايق فيه، ووجهوا اشتراط التعرض لصدق الشاهد بأن اليمين والشهادة حجتان مختلفتا الجنس، فاعتبر ارتباط أحدهما بالآخر ليصيرا كالنوع الواحد، وهذا التوجيه قوي أم ضعيف؟ إنما ينتظم على قول[4] من يقول باستناد الحكم[5] إليهما جميعاً، وإذا فسق الشاهد بعد الحكم[6] لم ينقض الحكم، وإن فسق قبله صار كأن لاشاهد، فيحلف المدعى عليه، فإن نكل ردت[7] اليمين على المدعي، ولم يعتد بما مضى، ولو لم يحلف المدعي مع شاهده، وطلب يمين الخصم فله ذلك، فإن حلف سقطت الدعوى.

وقال[8] ابن الصباغ رحمه الله: وليس له أن يحلف بعد ذلك مع شاهد[9] بخلاف، مالو أقام بينة بعد يمين المدعى عليه، حيث تسمع، لأن البينة قد يتعذر عليه إقامتها فعذر،

---

(١) "في" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: ظ "التقدم".

(٣) في: ز "لمستحق".

(٤) "على قول" ليست في: أ، ظ.

(٥) في: أ، ب، ظ "بإسناد القضاء".

(٦) في: أ "القضاء".

(٧) في: أ ، ب، ظ "ردَّ".

(٨) في: ز "قال".

(٩) في: أ، ب "شاهد".

واليمين إليه بعد شهادة[١] الشاهد الواحد، فلا عذر له في الامتناع، وإن نكل المدعى عليه، فاراد المدعِي[٢] أن يحلف يمين الرد فقولان:

أصحهما: أنه يمكن منه وهذه الصورة مذكورة في الكتاب، في باب دعوى الدم[٣]. ويجريان فيما إذا ادعى مالاً ونكل المدعى عليه، و لم يحلف المدعي يمين الرد، ثم أقام شاهداً واحداً وأراد أن يحلف معه، فإن قلنا: ليس له أن يحلف[٤] يمين الرد فالمنقول: أنه يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر، لأن يمينه حق المدعي فلا يتمكن من إسقاطه، لكن على هذا القول، التقصير منه حيث لم يحلف مع شاهده فما[٥] ينبغي أن يحبس المدعى عليه، وقد ذكر صاحب "الشامل" رحمه الله نحواً من هذا.

وعند مالك[٦] رضي الله عنه إذا نكل المدعى عليه قضى عليه، ولا حاجة إلى يمين المدعي، وليس ذلك لأنه يذهب إلى القضاء بالنكول لكنه جعل نكول المدعى عليه مع شاهد المدعي كنكول المدعى عليه، مع يمين المدعي.

واحتج الأصحاب:بأنه لو نكل المدعى عليه [ثم أقام المدعي شاهداً واحداً، لم يقض له فكذا، إذا أقام شاهداً واحداً ثم نكل المدعى عليه][٧].

ولو أن المدعي بعدما امتنع عن الحلف مع شاهده، واستحلف الخصم، أراد أن يعود ويحلف[٨] مع شاهده، حكى المحاملي[٩] رحمه الله: أنه ليس له ذلك، لأن اليمين قد انتقلت[١٠] من[١١] جانبه إلى جانب صاحبه، إلا أن يعود في مجلس آخر، فيستأنف

---

(١) في: أ "شادة".
(٢) في: أ "المدعى عليه".
(٣) "الدم" ليست في: أ . وانظر المسألة في: الوجيز ٢/١٦٢، والروضة ١٠/٣١.
(٤) من "ثم أقام ... ليس له أن يحلف يمين الرد" ليست في: ظ.
(٥) في: ظ "فلا".
(٦) انظر: مختصر خليل ٢٦٨.
(٧) "ثم أقام المدعى شاهداً ... ثم نكل المدعى عليه" ليست في: أ، ب، ظ.
(٨) "واستحلف الخصم ... مع شاهده" ليست في: ظ.
(٩) في: أ "الحاملي".
(١٠) في: أ، ب "انقلبت".
(١١) في: أ "مع".

الدعوى[1] ويقيم الشاهد، فحينئذ يحلف معه.

[فصل: فيما لو ادعى عبداً في يد غيره أنه كان ملكه فأعتقه]

(قال [الغزالي]: ولو ادعى عبداً في يد غيره، أنه كان ملكه فأعتقه، فلا يكفيه شاهد، ويمين، لأنه يُثبت الحرية، دون الملك، ولو ادعى في جارية وولدها أنها مستولدته، والولد منه وحلف مع شاهد واحد ثبت ملك المستولدة وعتقت[2] عند موته بإقراره، ولاتثبت نسب الولد وحريته على أقيس القولين، إذا لا معنى لتبعيته في الحجة وهو مستقل وهذه الحجة لاتكفي للحرية والنسب).

[قال الرافعي]: فيه صورتان ترتبط إحداهما بالأخرى، وتدخل فيها فنوردهما على مالهما من المداخلة والارتباط، ونقول: جارية وولدها في يد رجل يسترقها[3] فجاء مدع وقال هذه مستولدتي، والولد مني علقِت به في ملكي، فإن أقام عليه شاهدين يثبت ما يدعيه، وإن أقام شاهداً واحداً وحلف معه، أو رجلاً وامرأتين يثبت الاستيلاد، لأن المستولدة ومنافعها ملك السيد، وسبيلها سبيل الأموال الثابتة بالحجة الناقصة فتسلم إليه وإذا مات، حكم بعتقها بإقراره. وهل يحكم له بالولد؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، لأنا حكمنا له بالجارية، والولد فرعها[4] فأشبه ما إذا أثبت غصب جارية يحكم له بالولد الحاصل منها في يد الغاصب، وأيضاً فإن الولد في دعواه حرٌّ كما في الجارية، وبه يثبت الاستيلاد[5] فإذا اختص بالجارية على صفة أمية الولد تعدى الاختصاص إلى الولد، هكذا وجهوه، وعلى هذا فينتزع[6] الولد ويكون حراً نسيباً بإقرار المدعي.

---

(١) في: أ :الدعى.

(٢) في: أ "الولد" زائدة.

(٣) في: ب، ظ "يسترقها".

(٤) "فرعها" ليست في: ز.

(٥) في: أ "الإستيلا".

(٦) في: أ "فينزع".

والثاني: المنع، لإنه لايدعي ملك الولد، وإنما يدعِي نسبه وحريته، وهما لايثبتان بهذه الحجة، فعلى هذا يبقى الولد في يد صاحب اليد، وهل يثبت نسبه بإقرار المدعي؟ فيه ماذكرناه في "الإقرار" و "اللقيط"[(١)] في استلحاق عبد الغير.

واختار المزني رضي الله عنه من القولين الأول، واحتج بأن الشافعي رضي الله عنه نص فيما لو كان في يد رجل عبدٌ يزعمه يسترقه، فجاء آخر، وادعى أنه كان له وأنه أعتقه وصاحب اليد ظالم باسترقاقه، وأقام عليه شاهداً واحداً وحلف معه، أو رجلاً وامرأتين أنه ينتزع من يد صاحب اليد ويحكم بأنه عتق على المدعي بإقراره، وموجب قول المدعي ههنا الحرية كما أن موجب قوله هناك حرية الولد، وكما انتزع المدعي وقضى بكونه مولى له، وجب أن ينتزع الولد، ويقضى بكونه ابناً له. وللأصحاب في صورة الاحتجاج طريقان:

أحدهما: أن فيها قولين أيضاً:

أحدهما: أنه لاينتزع، ولا تقبل بينته، لأنها تشهد[(٢)] بملك متقدم، فصار كما إذا ادعى مدعي[(٣)] ملكاً في الحال وشهد شهود بأنه كان ملكاً[(٤)] له من قبل.

والثاني: تنتزع، وتقبل بينته[(٥)]، لأنها موافقة للدعوى، بخلاف ما إذا ادعى الملك في الحال، وشهد الشهود، بالملك المتقدم، وعلى هذا فتحكم بحريته بإقراره.

فمن قال بهذه الطريقة، قال: أجاب الشافعي[(٦)] رضي الله عنه على أحد القولين، فلا احتجاج.

والثاني: القطع[(٧)] بالقبول والانتزاع، وبه قال أبوإسحاق رحمه الله وفرق الصائرون إليه بين هذه الصورة وصورة المستولدة، بأن المدعي يدعي هٰهنا ملكاً متقدماً

---

(١) انظر: الوجيز ٢٥٨/١ و ٢٥٧.
(٢) في: ب "أنه يشهد".
(٣) "مدع" ليست في: ز.
(٤) في: ز "مكة".
(٥) في: ز "تقبل وتنتزع".
(٦) انظر: المختصر ص ٣٠٦.
(٧) رجح النووي في الروضة ٢٨٠/١١ "هذا القطع، وقال: هو المذهب".

في العبد وحجته تصلح لإثبات الملك، وإذا ثبت الملك ترتب العتق عليه بإقراره وفي[1] [صورة الاستيلاد، إنما قامت الحجة على ملك الأم، فلا جرم[2] أثبتناه، ورتبنا عليه العتق إذا جاء وقته بإقراره][3].

وأما الولد فقضية[4] الدعوى والحجة[5] كونه حر الأصل نسيباً والحرية والنسب لايثبتان بهذه الحجة، فلذلك[6] افترقا.

ولو أن المدعي في مسألة الاستيلاد قال لصاحب اليد: استولدتها في ملكك ثم اشتريتها مع الولد فعتق الولد عليّ، وأقام عليه حجة ناقصة، فالعتق الآن ترتب[7] على الملك الذي قامت به الحجة الناقصة، فتكون على الطريقين، كذلك حكى عن القفال رحمه الله.

هذا كلام الأصحاب على طبقاتهم رحمه الله وإيانا[8] في الصورتين.

والأشبه في مسألة[9] الاستيلاد وبه أجاب الروياني[10] "في الحلية" أن الولد لاينتزع، والأظهر في صورة العبد أنه ينتزع، ويحكم بأنه عتيق بإقراره، وبه أجاب صحب "التهذيب" والروياني، والحاز الإمام، وصاحب الكتاب[11] عن الأصحاب رحمهم الله فحكيا أن اختيار المزني رضي الله عنه أن حرية الولد لاتثبت ولا تقبل هذه الحجة في حق الولد، وأن النص الذي نقله في مسألة العبد، أن المدعي لايثبت ونقرر[12] العبد في يد

---

(١) "و" ليست في أ، ز.
(٢) في: ب، ظ "لاجرم".
(٣) قوله: "وفي صورة الاستيلاد . . . جاء وقته بإقراره" ليست في: أ.
(٤) في: أ "قضية".
(٥) في: أ، ب، ظ "في الحجة".
(٦) في: أ "فكذلك".
(٧) في: أ "يترتب".
(٨) "إيانا" ليست في: ز.
(٩) في: أ "في صورة".
(١٠) في: أ "القاضي" وهو خطأ.
(١١) "الروياني والحاز الإمام وصاحب الكتاب" ليست في: أ.
(١٢) في: أ "ونقر. وفي ظ "ويقر".

المدعى عليه، وأنه رجح فقال[١] إذا لم يثبت العتق هناك مع أن قضية دعواه وحجته مرتبة على الملك وتواردهما على شخص واحد فلأن لاتثبت في الولد، وهو شخص مستقل بقيام الحجة على الملك في الأم كان أولى، ثم نقلا عن الأصحاب طريقين:

أحدهما: طرد القولين في مسألة العبد،

وثانيهما: القطع بأنه لايثبت المدعى، ولاينتزع العبد ولا يحكم بعتقه لأن في[٢] صورة الاستيلاد، الحجة صالحة للاستيلاد، والاستيلاد يقتضي ولداً، وفي العتق لا متشبثٌ تتعلق بها الحجة، وهذا كله محال عن وجهه، فإن شئت فراجع "المختصر" تتيقن أن الأمر ليس[٣] على ما حكيناه.

واعلم[٤] أن قوله في الكتاب "فلا يكفيه شاهد ويمين" بالواو. واعلم أن الأظهر عند الأصحاب: أنه يكفي شاهد ويمين، لثبوت الملك السابق، ثم يترتب[٥] عليه الحرية بإقراره.

ويجوز أن يعلم قوله "على أقيس القولين"[٦] بالواو، لأن أبا الفرج رحمه الله: حكى طريقة قاطعة بثبوت النسب، والحرية. وتأثير هذه الحجة في الولد وهي [٧] غريبةٌ.

[فصل: فيما إذا حَلَفَ الورثة مع شاهد واحد على دين المورث، ونحو ذلك]

(قال [الغزالي]: فروع[٨] الأول إذا حلف الورثة مع شاهد واحد على دين المورث[٩] استحقوا، فإن حلف واحد استحق الحالف نصيبه دون الناكل، وليس لولد

---

(١) في: أ ، ظ "وقال".
(٢) "في" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) "ليس" ليست في: أ.
(٤) في: أ "فاعلم". انظر: المختصر ص ٣٦، والروضة ٢٧٩/١١، ومغني المحتاج ٤٥١/٤.
(٥) في: أ "ترتب".
(٦) في: أ "الوجهين".
(٧) "وهي" ليست في: أ.
(٨) في: أ، ب "فرعان".
(٩) في: أ "الموروث".

الناكل بعد موته أن يحلف، فإن[1] مات قبل النكول فلولده أن يحلف، وفي وجوب إعادة الشهادة وجهان:

ولو نكل الوارث وللميت غريم، فهل يحلفه؟ فيه قولان. وإن كان فيهم غائب[2] حلف إذا حضر الغائب، وأفاق المجنون من غير إعادة الشهادة، وكذا[3] إذا بلغ صبي منهم وإن كان النزاع في وصيته[4] لشخصين، فإذا قدم الغائب فعليه أن يحلف بعد إعادة الشهادة، لا كالميراث، لأنه[5] كالمتحد[6]، ولذلك يخْرُجُ: بحِلفِ أحد الوارثين نصيب الغائب من يد الخصم على أحد القولين بخلاف شريك الوصية، أما إذا أقام شاهدين فيستوفي[7] نصيب المجنون، والصبي الذي لم يدع ويؤخذ نصيب الغائب إن كان عيناً، وتكفي دعوى الحاضر، فإن كان ديناً، ففيه وجهان يجريان في كل من أقر بدين لغائب[8] أن القاضي هل يستوفيه أم يتركه؟ وما يستوفيه الحاضر من حصته في الدين لايساهمه الغائب فيه، إذا رجع، وإن كان عيناً يساهمه لأن كل جزءٍ شائعٍ بينهما، وأما الدَّيْن فإنما يتعين بالتعيين).

[قال الرافعي]: اللفظ في أكثر النسخ: "فروع" بالجمع لكن لم ينص على الثالث، وكأنه قصد[9] صورة وقف التشريك المذكورة[10] آخراً، فإنه جعلها في "الوسيط"[11] مسألة برأسها، والأمر في هذا هين.والفقه: أنه إذا ادعى ورثة ميت ديناً لمورثهم أو عيناً، فإنما يحكم على المدعي عليه إذا ثبت لهم ثلاثة أشياء: الموت، والوراثة وأصل المال.

---

(١) في: ب، ظ "وإن".
(٢) "الغائب وأفاق المجنون". ليس في: أ، ز.
(٣) في: ز "وكذلك".
(٤) في: أ "للنزاع وصية".
(٥) في: أ، ب "فإنه".
(٦) في: ب "كالمستجد".
(٧) في: ز "يستوفي". وفي ظ "استوفى".
(٨) في: ظ "لغائب بدين".
(٩) في: ب "نقصه".
(١٠) في: أ "المذكور".
(١١) انظر: ٣٨١/٧.

و[1]الأول والثاني لا مدخل فيهما للشاهد واليمين، بل طريق ثبوتهما إقامة شاهدين وإقرار المدعى عليه.

وأما المال فللشاهد واليمين مدخل فيه، فإن حضر جميع الورثة وهم كاملون وأقاموا شاهداً وحلفوا معه استحقوا، والمأخوذ تركة يقضى[2] منها ديون الميت وتنفذ وصياه، وإن امتنع جميعهم، وعلى الميت دين فهل للغريم أن يحلف؟ ذكرنا في التفليس[3]، أنه على قولين:

الجديد منهما: المنع. والقولان جاريان فيما إذا كان قد أوصى لإنسان، ولم يحلف الورثة هل يحلف الموصى له؟

فإن كانت الوصية بعين وادعاها في يد الغير، فلا ينبغي أن يكون هذا موضع الخلاف، بل يجوز لامحالة وإن حلف بعض الورثة دون بعض فيأخذ الحالف نصيبه، والنص أنه لايشاركه فيه[4] من لم يحلف. ونص في كتاب الصلح[5] أنهما لو ادعيا داراً إرثا، فصدق المدعى عليه أحدهما في نصيبه يشاركه المكذب. فعن ابن القاص وغيره: أن بعض الأصحاب خرج مما ذكرنا في "الصلح" قولاً ههنا: أن ما أخذه الحالف يشاركه فيه من لم يحلف، لأن الإرث يثبت على الشيوع، وامتنع عامتهم من هذا التخريج، وقطعوا بأنه لاشركة ههنا كما نص عليه[6] ولما[7] افترقت الصورتان نقل الإمام فيه طريقين عن الأصحاب.

قال قوم لأن صورة[8] كتاب الصلح مصورة في الأعيان[9]، وأعيان التركة

---

(١) "و" ليست في: ب.
(٢) في: أ "تقتضي".
(٣) انظر: الوجيز ١٧١/١، والروضة ١٣٥/٤.
(٤) "فيه" ليست في: ز.
(٥) انظر: الوجيز ١٨٠/١.
(٦) انظر: كلام الشافعي في المختصر ص ١٠٦.
(٧) في: أ، ز "ولم".
(٨) في: أ "الصورة".
(٩) في: ز "صورة في العين".

مشتركة بين الورثة، والمصدق معترف[١] بأنه من التركة والتصوير ههنا في الدين، والدين إنما يتعين بالتعيين، والقبض، فالذي أخذه الحالف تعين لنصيبه بالقبض فلم يشاركه الآخر[٢] فيه، ومن قال بهذا قال: لو فرضت مسألة الصلح في الدين لم تثبت الشركة.

ولو فرض الشاهد ويمين بعض الورثة في العين، تثبت الشركة.

وقال آخرون:بل السبب مايثبت ههنا يثبت بالشاهد واليمين، فلو أثبتنا الشركة لملّكنا الناكل بيمين غيره، وبعيد أن يمتنع الإنسان من الحلف ونحن[٣] نملكه[٤] بحلف غيره مع أن اليمين لاتجري فيها[٥] النيابة، وهناك ما ثبت يثبت بإقرار المدعى عليه، ثم ترتب على ما أقر به إقرار المصدق بأنه أرث.

وعلى هذا فلا فرق ههنا بين العين والدين، ولا في صورة إقرار المدعى عليه.

وهذا الطريق الثاني هو الذي أورده جمهور الأصحاب، وصححه الإمام، وخالفهم صاحب الكتاب "في الوسيط" من وجهين:

أحدهما: أنه أشار إلى إثبات الخلاف في الصورتين بالنقل والتخريج[٦]، في مسألة الصلح مما نحن فيه و لم يتعرضوا له.

والثاني: أنه اعتمد في[٧] طريقي الفرق على معنى العين والدين، وهل يقضى من نصيب الحالف جميع الدين أم يقضى بالحصة؟

قال في "الشامل" ينبى على أن الغريم هل يحلف؟ إن قلنا يحلف لم يلزمه إلا قضاء حصته. وإن قلنا: لايحلف فيبنى على أن من لم يحلف من الورثة هل يشارك الحالف؟ إن

---

(١) في: أ "معتر".
(٢) "الآخر" ليست في: ز.
(٣) "نحن" ليست في: ز.
(٤) في: ز "ونملكه".
(٥) في: أ "فيه".
(٦) "والتخريج" ليست في: أ، ب، ظ.
(٧) في: ز "من".

قلنا:نعم.فيقضى منه جميع الدين لأنا أعطيناه حكم التركة. وإن قلنا لا، لم[1] يلزم[2] إلا الحصة هذا هو الكلام في نصيب الحالف. أما[3] من لم يحلف فإن كان حاضراً كامل الحال، ونكل ذكر الإمام رضي الله عنه: أن حقه يبطل بالنكول، ولو مات لم يكن لوارثه أن يحلف.

وفي كتاب القاضي ابن كج رحمه الله: ماينازع فيه وقد توجه بأنه حقه فله تأخيره.

قال الإمام رحمه الله: ولو أراد وارثه أن يقيم شاهداً آخر ليحلف معه، لم يتمكن من الحلف أيضاً، لكن هل يضم هذا الشاهد إلى الشاهد الأول، ليحكم له بالبينة؟ فيه احتمالان جاريان فيما لو أقام مدع شاهداً في خصومة، ثم مات فأقام وارثه شاهداً آخر، يجوز أن يقال له البناء عليه. ويجوز أن يقال: عليه تجديد الدعوى وإقامة البينة الأولى، وأنه لو أقام الورثة شاهداً وحلف معه بعضهم، ومات بعضهم قبل أن يحلف وينكل، كان لوارثه أن يحلف.

لكن هل يحتاج إلى إعادة الدعوى والشاهد؟ فيه التردد المذكور.

والأشبه:أنه لايحتاج وإن كان الذي لم يحلف غائباً أو صبياً أو مجنوناً فقد نص الشافعي رضي الله عنه في المجنون أنه يوقف[4] نصيبه، واختلفوا في معناه.

قال: أبوإسحاق وعامة الأصحاب رحمهم الله: المراد إنا نمتنع عن الحكم في نصيبه ونتوقف إلى أن يفيق فيحلف أو ينكل ولا يؤخذ نصيبه.

ومنهم: من قال أراد: أنه[5] يؤخذ نصيبه وتوقف وهذا أحد قوليه، في أنه هل تثبت الحيلولة بشاهد واحد؟ لأن الشاهد الذي يقيمه أحد الورثة مقام الكل[6]، وقد

---

(١) "لم" ليست في: أ.
(٢) في: ز "يلزمه".
(٣) في: أ "له امن".
(٤) في: أ "توقف".
(٥) "أنه" ليست في: أ، ب، ظ.
(٦) في: ز "للكل".

يطلق لهذا الاختلاف في المسألة وجهان: أو قولان:

والصبي والغائب يلحقان[١] بالمجنون،وينبغي أن يكون الحاضر الذي لم يشرع في الخصومة، أو لم يشعره[٢] بالحال كالصبي والمجنون والغائب في بقاء حقه بخلاف ماسبق في الناكل.

وإذا فرعنا على الأظهر:وهو أنه لايؤخذ نصيب المعذورين فإذا زال عذرهم حلفوا وأخذوا نصيبهم، ولا حاجة بهم إلى إعادة الشهادة بخلاف مالو كانت الدعوى لا عن جهةٍ الإرث، بأن قال أوصي لي، ولأخي الغائب، أو الصبي أبوك بكذا أو اشتريت مع أخي الغائب منك كذا أو أقام شاهداً، وحلف معه فإنه إذا قدم الغائب، وبلغ الصبي يحتاجان[٣] إلى تجديد الدعوى، وإعادة الشاهد أو إقامة شاهدٍ آخر فلا يؤخذ نصيبهما[٤] قبل ذلك، لأن الدعوى في الميراث عن شخص واحد، وهو الميت، ولذلك يُقضى دينه من المأخوذ، وفي غير الميراث الدعوى، والحق لأشخاص، فليس لأحد أن يدعي، ويقيم البينة عن غيره، من غير إذن ولا ولاية، وماذكرنا أن الميراث لاحاجة إلى إعادة الشاهد[٥] مفروض فيما إذا لم يتغير حال الشاهد، فإن تغير قال: الشيخ أبوالفرج رحمه الله فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال القفال رضي الله عنه لايقدح: وللصبي والمجنون والغائب إذا زال عذرهم أن يحلفوا لأنه قد اتصل الحكم بشهادته، فلا أثر للتغير بعده.

وثانيهما: وهو اختيار الشيخ أبي على رحمه الله: أنهم لايحلفون، لأن الحكم اتّصل بشهادته في حق الحالف دون غيره[٦].

---

(١) في: أ "يلحقاق".

(٢) في: ز "يشعر".

(٣) في: أ "يحتاجون".

(٤) في: أ نصيبهما.

(٥) في: أ، ب، ظ "للشهادة".

(٦) قال بهامش العزيز ٩٩/١٣، "لم يرجح المصنف شيئاً من الوجهين".
قال في الخادم: الراجح الثاني: وهو قياس ماذكره في باب الشهادة على الشهادة".

ولهذا لو رجع، لم يكن لهم أن يحلفوا[١]. ولو[٢] مات الغائب، أو الصبي فلوارثه أن يحلف، ويأخذ حصته فإن كان وارثه الحالف لم تحتسب يمينه الأولى وبهذا يتأيد أحد الاحتمالين المذكورين فيمن مات قبل أن يحلف وينكل.

ولو ادعى إنسان على ورثة رجل أن مورثكم أوصى لي ولأخي أو لأجنبي بكذا، وأقام شاهداً وحلف معه فأخذ نصيبه[٣] ولا[٤] يشاركه الآخر فيه بلا خلاف، لكن سبق في الصلح أنه لو قال رجلان اشترينا منك معاً كذا، فصدق[٥] أحدهما دون الآخر، يكون الحكم كما في الأرث في أظهر الوجهين[٦].

فعلى ذلك الوجه إذا قال: أوصى لنا معاً بكذا ينبغي أن يعود فيه، مافي دعوى الإرث، ثم ذكر الشيخ أبوالفرج رحمه الله: أن من يحلف من الورثة على دينْ أو عين للمورث، يحلف على الجميع، لا على حصته سواء حلف كلهم أو بعضهم دون بعض، وكذا الغريم والموصى له، إذا قلنا: إنهما يحلفان، وفي كلام غيره مايشعر بخلافه ويؤيده قولنا: إن من لم يحلف لايشارك الحالف، فإذا خصصنا المأخوذ به ولم نعطه حكم التركة فأشبه ما إذا ادعى قدر حصته، ولم يتعرض للإرث وجميع ماذكرنا فيما إذا أقام بعض الورثة شاهداً واحداً[٧] وحلف معه، فإما إذا أقام بعضهم شاهدين فيثبت المدعي.

وإذا[٨] حضر الغائب من الورثة، أو بلغ صبيهم أو أفاق مجنونهم أخذ نصيبه، ولا

---

(١) في: أ "يحلف".

(٢) في: ز "وإن".

(٣) في: ب "نصيباً".

(٤) "و" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: ب، ظ "وصدق".

(٦) انظر: العزيز شرح الوجيز ١١٩/٥، حيث قال: "... وإن قالا: اشترينا معاً ... فوجهان: أظهرهما: وبه قال الشيخ أبوحامد، وأصحابه، وتابعهم القاضي حسين: أن الحكم كما ذكرنا في الإرث...) والذي ذكره في الإرث هو "المشاركة ... لأن الأرث يقتضي شيوع التركة بين الورثة، فما يخلص يكون بينهما ...".
والثاني: ويحكى عن أبي علي بن أبي هريرة والطبري، وبه قال القاضي ابن كج، والشيخ أبومحمد: أنه لايشاركه، لأن تعدد المشتري يقتضي تعدد العقد، فهو كما لو ملكا بعقدين".

(٧) "واحداً" ليست في: ب، ظ.

(٨) في: ب، ظ "فإذا".

حاجة إلى تجديـد دعـوى وإقامـة بينـة، ولينـتزع القـاضي بعـد تمـام البينـة نصيـب الصبي والمجنون، ديناً كان المدعـى أو عينـاً. ثـم يـأمر بـالتصرف فيـه بالغبطـة، [وينـتزع نصيـب الغائب أيضا إن كان المدعى عيناً احتياطاً للغائب][1] كيـلا يضيـع عـين مالـه (٢) ، والـذي يشعر به إيراد الناقلين أن هذاا لانتزاع واجبٌ عليه، وهـو الظـاهر، لكـن ذكرنـا في بـاب الوديعة، من أن[3] الغاصب لو حمل المغصوب إلى القاضي، والمالك غائب، ففـي وجـوب قبوله وجهان، فيجوز أن يعود ذلك الخلاف[4] ههنا.

وإن قامت البينة. وإن كـان المدعـى دينـاً، ففـي انـتزاع نصيـب الغـائب وجهـان جاريان فيمن أقر لغائب بدين، وحمله إلى القاضي فهل[5] على القاضي أن يستوفيه؟

وهـذه الصـورة قـد سـبقت في "الوديعـة" وبينـا أن أظهـر الوجهـين فيهـا عـدم الوجوب[6] وكذلك ذكره القاضي ابن كج فيما نحن فيه، وحكاه عن النصّ.

واعلم أنه قد سبق في كتاب "الشركة" أن أحد الوارثين[7] لاينفرد بقبض شئ من دين التركة، ولو قبض شاركه الآخر فيه.

وهلهنا قالوا:يأخذ الحاضر نصيبـه، كـأنهم جعلـوا عيبـة الشـريك عـذراً، ومكنـوا الحاضر من الانفراد حينئذ ولو[8] ادعى على رجـل أن أبـاه أوصـى لـه ولفـلان بكـذا[9]،

---

(١) "وينتزع نصيب الغائب أيضاً إن كان المدعي عيناً احتياطاً للغائب" ليست في: أ، ب، ظ، والـذي ورد محله هو

(٢) "وقال أبوحنيفة رحمة الله عليه:إن كان المشهود به ممـا لاينتقـل لم ينـتزع نصيـب الغـائب ممن في يده"
في أ "الذي"

(٣) في: أ "من".

(٤) انظر: الوجيز ١/٢٨٥. وانظر: العزيز شرح الوجيز ٧/٢٩٣. حيث قال: "ففـي وجـوب القبـول وجهان: أحدهما: المنع، لأنه ألتزم حفظه، فيؤمر بالوفاء به.
والثاني: الإيجاب، لأنه نائب الغائبين. والأول أولى.

(٥) في: أ، ب، ظ "هل".

(٦) انظر: الوجيز ١/٢٨٥، والعزيز ٧/٢٩٣.

(٧) انظر: الوجيز ١/١٨٧، والعزيز شرح الوجيز ٥/١٩٥.

(٨) "و" ليست في: أ.

(٩) في: أ، ظ "كذا".

وأقام عليه شاهدين، وفلان غائب، أو صبي لم يؤخذ نصيب فلان بحال، وإذا حضر، أو بلغ فعليه إعادة الدعوى والبينة، لما ذكرنا أن الدعوى في الإرث عن شخصٍ واحدٍ. وأما لفظ الكتاب فقوله في وجوب إعادة الشهادة وجهان، هما الاحتمالان المنقولان عن كلام الإمام أقامهما وجهين وقوله "وإن كان النزاع في وصيته لشخصين" أي: ادعى على ورثة ميت أن مورثهم أوصى له، ولفلان الغائب، وقوله "وما يستوفيه الحاضر من حصته من[١] الدين لايساهمه الغائب فيه إذا رجع، وإن[٢] كان عينا ساهمة" إلى آخره. ذكره بعد صورة إقامة الشاهدين، لكنه أراد ما إذا أقام الحاضر شاهداً واحداً، وحلف معه على ماهو مبين في ترتيب "الوسيط" والذي أجاب به هو مارجحه في "الوسيط" كما أسلفناه.

واَعْلِمْ قوله "لم يساهمه" وقوله "ساهمه" بالواو، للخلاف الذي سبق، والظاهر عند الأصحاب في العين أنه لايساهمه بخلاف ما أورده، وأما في صورة إقامة الشاهدين[٣]، فإن كان المدعى عيناً، فقد ذكرنا[٤] أنه ينتزع نصيب الغائب فإذا[٥] رجع وهو طالب أخذه ولامعنى لمساهمة الحاضر في نصيبه وإن كان دينا، وقلنا: إنه يؤخذ نصيبه فكذلك، وإن قلنا: لايؤخذ فنيبغي أن يأخذه من المدعي عليه، ولايساهم الحاضر فيما أخذه لنفسه. وا لله اعلم.

فرع: لو كان للغائب من الورثة وكيل، وقد أقام الحضر (الحاضر) البينة ذكر الشيخ أبوعاصم: أن الوكيل هو الذي يقبض نصيب الغائب[٦] دون القاضي وإن لم يكن فالقاضي يقبض ويؤجر كيلا تفوت المنافع.

---

(١) في: أ بفي. وفي:ز "في".

(٢) في: أ "ولو".

(٣) في: ز "الشاهد".

(٤) في: ز "ذكروا".

(٥) في: ز "فإذا".

(٦) في: ز "الغائبين". وهو خطأ.

[فصل الفرع الثاني في ثبوت الوقف بشاهد ويمين]

(قال [الغزالي]: الثاني لو ادعيا أن أباهما وقف عليهما ضيعة وقف ترتيب، ثبت الوقف بشاهد ويمين فإن نكل أحدهما لم يستحق نصيبه واستحق الآخر، فإذا مات فنصيب الحالف لا يستحقه البطن الثاني بغير يمين تفريعاً على أصح القولين، وهو أن البطن الثاني يأخذ الحق من الواقف، لا من البطن الأول، ونصيب الناكل يثبت للبطن[1] الثاني أيضاً[2] إذا حلفوا.

وإذا نكلوا[3] جميعاً حلف البطن الثاني إذا ماتوا، وإن حلفوا أخذ البطن الثاني باليمين.

ولو مات الحالف وحده صرف نصيبه إلى الناكل في وجه، وإلى ولد الحالف في وجه ويُحكمْ بأنه تعذر مَصْرِفهُ في وجهٍ، فيبطل الوقف فيه[4]، أو يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف؟ فيه خلاف)[5].

[قال الرافعي]: هل يثبت الوقف بشاهد ويمين؟

إن قلنا: إن الملك فيه للواقف، أو الموقوف عليه، فنعم.

وإن قلنا: لله تعالى فوجهان، أو قولان.

أحدهما: وبه قال المزني[6]، وأبوإسحاق رحمهما الله، لا. كالعتق.

والثاني: وبه قال ابن سريج، وأبوالطيب بن سلمة رحمهما الله، نعم[7]، [لأن المقصود منه استحقاق المنافع والفوائد فأشبه بدن الحر، وليس كالعتق][8]، لأن المقصود

---

(١) في: أ "البطن".
(٢) "أيضاً" ليست في: ز.
(٣) في: أ "إذا كانوا".
(٤) في: ز "على هذا".
(٥) "فيه خلاف" ليست في: ز.
(٦) انظر: المختصر ص ٣٠٦.
(٧) في: ز "يثبت".
(٨) "نعم لأن المقصود منه ... وليس كالعتق". ليست في: ز.

هناك تكميل الأحكام، وإثبات الولايات، ولأن الوقف لاينفك عن أحكام الملك، ألا ترى أنه إذا أتلف وجبت قيمته، بخلاف العتق والعراقيون يميلون إلى ترجيح الأول[١] وينسبونه إلى عامة الأصحاب، لكن الثاني أقوى في المعنى، وهو المنصوص عليه للشافعي رضي الله عنه. و[٢] الأصح[٣] عند الإمام، وصاحب "التهذيب"[٤] وغيرهما ، والمذكور في الكتاب[٥].

ولو ادعى ورثة ميتٍ على رجل، أنه غصب هذه الدار، وقالوا: كانت لأبينا، وقفها علينا، و[٦] على فلان منا[٧] فدعوى الغصب تثبت بشاهدٍ ويمين، ويثبت [٨] أيضاً بهما إن أثبتنا الوقف بشاهد، ويمين، وإلا فيثبت بإقرار[٩] الورثة، كما ذكرنا فيما إذا ادعى على رجلٍ أن هذا الذي يسترقه كان عبدي غصبته بعدما أعتقته، وإن هذه الجارية أم ولدي.

إذا عرف ذلك، فلو ادعى ثلاثة[١٠] بنين من ورثة ميتٍ أن أباهم، وقف عليهم هذا الدار، وأنكر سائر الورثة، وأقاموا شاهداً واحداً ليضموا إليه اليمين، تفريعاً على ثبوت[١١] الوقف بالشاهد، واليمين، فالوقف المدعى يُصوَّر على وجهين:

---

(١) في: ز "الوجه الأول".
(٢) "و" ليست في: ز.
(٣) انظر: المختصر ص ٣٠٦، والروضة ٢٨٤/١١، ومغني المحتاج ٤٤٨/٤.
(٤) في: أ "وصاحب الكتاب" وهو خطأ.
(٥) انظر: الوجيز ٢٥٦/٢، والعزيز ١٠١/١٣.
(٦) في: ز "أو".
(٧) "منا" ليست في: ب، ظ.
(٨) في ز "ويثبت الوقف".
(٩) في: أ "إقرار".
(١٠) في: أ "ثلاث".
(١١) في: أ "موت".

أحدهما: أن يَدَّعوْا وقف الترتيب، فيقولوا: وَقَفَ علينا، وبعدنا على أولادنا، أو على الفقراء، فلهم بعد إقامة الشهادة أحوال ثلاث، لأنهم إما أن يحلفوا جميعاً أو ينكلوا[١] أو يحلف بعضهم، وينكل بعض.

الحالة الأولى أن يحلفوا جميعاً

الحالة الأولى: أن يحلفوا جميعاً، فيثبت لهم الوقف ولا حق لسائر الورثة في الدار، ثم إذا انقرض المدعون إما معاً[٢] أو على التعاقب، فالبطن الثاني يأخذون الدار، وقفاً بغير يمين، أو يأخذونها باليمين؟ فيه وجهان ويقال: قولان وهما على ماذكر القفال، وطوائف من[٣] الأصحاب مبنيان على أن البطن الثاني: يأخذون الحق من البطن الأول أو من الواقف؟.

إن قلنا: من البطن الأول، فلا حاجة إلى اليمين، كما إذا أثبت الوارث ملكاً بالشاهد واليمين، ثم مات يأخذه وارثه بغير يمين؟ وإن قلنا من الواقف لم يأخذوا إلا باليمين، كالبطن الأول. وبه قال ابن سريج رحمه الله.

وقضية هذا البناء أن يكون الأصح: أنهم يأخذون باليمين، لأن الأصح أنهم يتلقون من الواقف.

وسنذكر فيما[٤] بعد هذاا لفصل، مايؤيده، لكن الشيخ أبا حامد وطبقته والقاضيين[٥] أباالطيب والروياني وغيرهم، رحجوا[٦] استغناءهم عن اليمين، وهو ظاهر نصه في "المختصر"[٧]. وبه قال: أبوإسحق ووجهوه: بأنه قد يثبت كونه وقفاً، بحجة يثبت بها الوقف، فيدام، كما لو ثبت بالشاهدين، وبأنه حق ثبت لمستحق فلا يفتقر المستحق بعده إلى اليمين، كما لو كان للمدعى ملكاً، وبان البطن الثاني.

---

(١) في: أ، ب "وينكلوا".
(٢) "إما" ليست في: أ.
(٣) "من" ليست في "ب".
(٤) "فيما" ليست في: أ.
(٥) في: أ، ب، ظ "لكن الشيخ أبا حامد والقاضيين".
(٦) "رجحوا" ليست في: أ، ب، ظ.
(٧) انظر: ص ٣٠٦.

وإن كانوا يأخذون عن الواقف فهم خلفاء[1] عن المستحقين أولاً، فلا يحتاجون إلى اليمين كما إذا أثبت الوارث ملكاً للميت بشاهد[2] ويمين وللميت غريمٌ، فإن له أن يأخذه من غير يمين، فإذا[3] انتهى الاستحقاق إلى البطن الثالث، والرابع، عاد هذا الخلاف.

فإن[4] قلنا: يأخذون باليمين، فلو كان الاستحقاق بعد الثلاثة المدعين[5] للمساكين أو الفقراء، نظر:[6] إن كانوا محصورين، كفقراء قرية، ومحلة، فكذلك الجواب، وإن لم يكونوا محصورين فيبطل الوقف وتعود الدار إرثاً أو يصرف إليهم بغير يمين؟ فيه وجهان:

وعن "المجرد" للقاضي أبي الطيب: أنه يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، بناءً على أنه قد[7] تعذر مصرفه كالوقف الذي يقع[8] فيه انقطاع، وفيه خلاف[9] مذكور في الوقف[10]، لو [11] مات أحد الحالفين فيصرف نصيبه إلى الآخرين فإن مات ثانٍ[12] يصرف[13] الكل إلى الثالث، لأن استحقاق البطن الثاني بعد انقراض الأولين، وأخذ الآخرين، يكون بيمين أو بغير يمين.

---

(١) مكرر: في ب، ز، ظ "خلفاً".
(٢) في: أ "بشاهدين".
(٣) في: ز "وإذا".
(٤) في: أ "وإن".
(٥) "المدعين" ليست في: ز.
(٦) في: ب "ينظر".
(٧) "قد" ليست في: أ.
(٨) في: ظ "فيه يقع".
(٩) في: أ "اختلاف".
(١٠) انظر: العزيز شرح الوجيز ٢٦٨/٥. وقال النووي في الروضة ٢٨٥/١١ "فيه ثلاثة أوجه ..." ثم قال: "قلت الأصح يأخذون بلا يمين، وتسقط هنا لتعذرها، ولا يبطل الوقف بعد صحته، ووجود المصرف بخلاف المنقطع. والله أعلم".
(١١) في: أ "فلو".
(١٢) في: ظ "الثاني".
(١٣) في: أ، ب "صرف".

إن أغنينا البطن الثاني عن اليمين، فهما أولى، وإن أحوجناهم إليها، فوجهان في[1] أحدهما: يحلفان[2] لانتقال الحق إليهما من غيرهما.

وفي أظهرهما: لايحلفان، لأنهما قد حلفا مرةً، وصارا من أهل الوقف، فيستحقان بحسب شرط الواقف تارة أقل، وتارة أكثر.

الحالة الثانية إذا نكلوا جميعاً عن اليمين مع الشاهد

الحالة الثانية: إذا نكلوا جميعاً عن اليمين مع الشاهد فالدار تركة تقضى منها الديون، والوصايا، ويقسم الباقي على الورثة، وتكون حصة المدعين وقفاً بإقرارهم وحصة سائر الورثة طلقاً لهم، فإذا ماتوا فالذي ذكره القاضي ابن كج، والإمام وصاحب "التهذيب" في كتبهم أنه لايصرف إلى أولادهم بغير يمين، يعنون[3] على سبيل الوقف، ولا يكون إقراراً لأولين لازماً عليهم، وفي "الشامل" و "أمالي أبي الفرج" أن حصتهم تكون وقفاً على أولادهم حسب ما أقروا به، ولا حاجة بهم إلى اليمين ويمكن أن يكون هذا الاختلاف مبنياً على أن البطن[4] الثاني يأخذون من الواقف، أو من البطن الأول، فإن أراد الأولاد أن يحلفوا ويأخذوا جميع الدار، وقفاً، فهل لهم ذلك. فيه قولان:

سواء قلنا: إنه لو لم يحلفوا لايكون شيئ منها وقفاً. أو قلنا: إن حصة الأولين تبقى وقفاً وإن لم يحلفوا، واختلفوا في محل[5] هذين القولين، فمن قائل هما متأصلان غير مبنيين على شيئ يوجه أحدهما بأن البطن الثاني تبع للأول، فإذا[6] لم يحلفوا لم يحلفوا.

والثاني[7]: وهو الأصح، بأنهم أصحاب حق كالأولين، فإن أبطل الأولون حقهم بالنكول، فلهم أن لايبطلوا حقوقهم ومن ذاهب ألى أنهما مبنيّانِ على أصلٍ، واختلف هؤلاء على طريقين أظهرهما: بناؤهما على أن البطن الثاني يتلقون من البطن الأول، أم من الواقف؟ فإن قلنا من البطن الأول لم يحلفوا وإلا حلفوا.

---

(١) "في" ليست في: ز.
(٢) في: أ "لايحلفان".
(٣) "يعنون" هكذا في جميع النسخ.
(٤) في: أ "الظن".
(٥) في: ز ، ظ "حال".
(٦) في: أ "وإذا".
(٧) "والثاني" ليست في: ز.

والثاني: بناؤهما على أن الوقف المنقطع الابتداء يبطل أم لا؟ إن قلنا:لا، حلف البطن الثاني، و لم يضر انقطاع أوله بنكول الأولين، وإن قلنا: يبطل لم[1] يحلفوا، ثم حكى القاضي ابن كج والشيخ أبوحامد رحمهما الله خلافاً في أن القولين، هل يجريان في حياة الأولين إذا نكلوا؟ فمن الأصحاب رحمهم الله من أجراهما لبطلان حقهم، ويعذر الصرف إليهم بنكولهم، كما لو ماتوا، ومنهم من خصص القولين بما بعد موت الأولين، لأن استحقاق البطن الثاني مشروط بانقراظهم وإليه مال الشيخ أبوحامد رحمه الله.

الحالة الثالثة إذا حلف بعضهم دون بعض.

الحالة الثالثة: إذا حلف بعضهم دون بعض، فإذا حلف واحد ونكل اثنان، فيأخذ الحالف الثلث وقفاً، وأما الباقي فهو تركة، تقضى منها الديون والوصايا، فما فضل ففي "الشامل" أنه يقسم بين جميع الورثة، فما يخص البنين الثلاثة يكون وقفاً على الناكلين، لأن الحالف يعترف[2] لهم بذلك، والذي ذكره المحاملي وصاحب التهذيب رحمهما الله وغيرهما: أنه يقسم الفاضل بين المنكرين من الورثة والذين نكلوا دون الحالف، لأنه مقر بانحصار حقه فيما أخذه، وإنّ[3] الباقي لإخوته وقفاً ثم حصة الناكلين تكون وقفاً بإقرارهما، وإذا مات الناكلان والحالف حي فنصيبهما للحالف على ماشرط الواقف بإقرارهم، وفي حاجته إلى اليمين ماسبق من الوجهين، فإذا مات الحالف، فالاستحقاق للبطن الثاني، وفي حلفهم الخلاف الذي مرّ، وإن كان الحالف ميتاً عند موت الناكلين، فأراد أولادهما أن يحلفوا فعلى القولين المذكورين في أولاد الجميع إذا نكلوا، الأصح أن لهم الحلف، وما حكم نصيب الحالف الميت قبلهما؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يصرف إلى الناكلين قضيةَ وقف[4]، وعلى هذا ففي حلفهما الخلاف الذي مضى، فإن قلنا يحلفان فنكلا سقط هذا الوجه.

والثاني: أنه يصرف إلى البطن الثاني لأنهما لما نكلا أبطلا حقهما وصارا كالمعدومين، وإذا عدم البطن الأول، كان الاستحقاق للثاني.

---

(١) في: أ "بل".
(٢) في: أ "يعرف".
(٣) في: أ "فإن".
(٤) في: أ "الوقف".

والثالث: أن هذا وقف تعذر مصرفه، لأنه لايمكن الصرف إلى الآخرين لنكولهما ولا إلى البطن الثاني، لأن شرط استحقاقهم، انقراض الأولين، وإذا تعذر مصرف الوقف فيبطل أو يبقى، وإذا بقي فيصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف أم كيف الحال؟ فيه خلاف[١] مذكور بتوجيهه وتفريعه[٢] في الوقف[٣]، والأصح أنه يبقى وقفاً، ويصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، وعلى هذا فإذا زال التعذر، بأن مات الناكلان فيصرف إلى البطن الثاني، قال الإمام رحمه الله: ويجيء في حلِفِ أقرب الناس إذا قلنا: إنه يصرف إليهم الخلاف، وأبعد الأوجه الثلاثة في المسألة عنده الصرف إلى البطن الثاني، وهو أصحهما عند الأكثرين، ونقلوه عن إشارة نصه في "الأم"[٤] والله أعلم.

وأما لفظ الكتاب فإنه صور فيما إذا ادعى الوقف اثنان والغرض لايختلف، لكنه لم يف بموجب التصوير، بل قال بعد ذلك: "إذا نكلوا"، ثم قال: "وإن حلفوا"، ولم يبين[٥]. وليعلم قوله "ثبت الوقف بشاهد ويمين" بالواو لما سبق. وقوله "فيما إذا حلف أحدهما، ونكل الآخر، فإذا ماتا فنصيب الحالف لايستحقه البطن الثاني بغير يمين تفريعاً على أصح القولين" إلى آخره. جواب من يقول: إنهم إذا حلفوا جميعاً وماتوا يحتاج البطن الثاني إلى اليمين، وهو الراجح عند من يبني الخلاف على الخلاف[٦] في أن البطن الثاني عمن يتلقون الوقف، كما فعله صاحب الكتاب رحمه الله، وقد ذكرنا أن منهم من لايبني الخلاف على ذلك الخلاف[٧] ويرجح استغناؤهم عن اليمين.

وقوله: "ونصيب الناكل يثبت للبطن الثاني أيضاً إذا حلفوا" يجوز إعلامه بالواو، لما بينا أنه على الخلاف المذكور، فيما إذا نكل البطن الأول جميعاً، هل يحلف البطن الثاني بعد موتهم؟ وكذا قوله: "فيما إذا نكلوا جميعاً يحلف البطن الثاني" وكذا قوله "باليمين

---

(١) في ط "اختلاف".
(٢) "تفريعه" ليست في: ز.
(٣) في: ظ "فيه وجهان مذكوران بتفريعهما وتوجيههما".
(٤) انظر: المختصر ص ٣٠٦، والروضة ١١/٢٨١.
(٥) في: ب "يبن".
(٦) "على الخلاف" ليست في: أ، ب، ظ.
(٧) "الخلاف" ليست في: أ.

فيما إذا حلفوا جميعاً" للخلاف في أنهم هل يحتاجون إلى اليمين؟ وقوله "ولو مات الحالف وحده" يعني في الصورة التي ابتدأ بذكرها، وهي أن يحلف أحدهما وينكل الآخر. وقوله: [وإلى ولد[١] الحالف في وجهٍ" ظاهرة يقتضي تخصيص ولد[٢] الحالف به، ولا معنى للتخصيص، لأنا على هذا الوجه نلحق[٣] الناكل بالمعدوم، فيثبت الاستحقاق لجميع البطن الثاني. وقد صرح الإمام بهذا فقال: لا فرق على الوجه بين ولد[٤] الحالف وولد الناكل في الاستحقاق.

واعلم أن قوله في أول الفرع "لو ادعيا أن أباهما وقف عليهما" إلى آخره، وإن كان مطلقاً في دعوى الابنين، لكن المراد ما إذا كان معهما وارث آخر، وأنكر، فأما إذا كانا جائزين فيكفي تصادقهما لثبوت الوقف، ولا حاجة إلى شاهد ويمين[٥].

فرع: ادعوا على رجل داراً في يده أنه وقفها عليهم، أو على ورثة رجلٍ، أن مورثهم وقفها عليهم، وأقاموا شاهداً واحداً فينظر: أيحلفون مع شاهدهم أم ينكلون، أم يحلف بعضهم وينكل بعضهم؟ والأحوال على ماذكرنا في المسألة المشروحة[٦]. لكن حيث جعلنا:[٧] كل المدعيَ أو بعضِهِ تركةً هناك فيترك[٨] هلهنا في يد[٩] المدعى عليه. وا لله أعلم.

---

(١) في: أ "والد".

(٢) في: أ "والد".

(٣) في: أ "يلتحق".

(٤) "ولد" ليست في: أ.

(٥) في: ز "ولا يمين". وقوله "ولا حاجة إلى شاهد ويمين" ورد بهامش العزيز ١٣/١٠٦ "قال في الخادم: هذا محله إذا لم يكن على الميت دين تستغرقه التركة، ولم يقضوه من مالهم، فإن كان فلابد من البينة كما قاله في البحر".

(٦) انظر: ص٦٤٤ .

(٧) مكرر: في أ "قلنا".

(٨) في: أ "ويترك".

(٩) في: أ "يدل".

[فصل: في دعوى وقف التشريك]

(قال [الغزالي]: وإن كان الوقف بالتشريك فحلفا ثُمَّ ولد لأحدهما ولد، وجب إخراج ثلث الوقف من يدهما، فإن بلغ الطفل وحلف استحقَّ، وإن نكل فقد تعذر مصرِفَهُ، وفيه قول: أنَّه يرد إليهما، والناكلُ كالمعدوم، ولا خلاف أنه لايرد على المدَّعىٰ عليه أولاً).

[قال الرافعي]: قد سبق أن دعوى الوقف تُصَوَّرُ على وجهين، وقد فرغنا من أحدهما وهو دعوى وقف الترتيب.

الوجه الثاني: دعوى وقف التشريك، بأن يقول البنون الثلاثة في المثال المذكور: إنه وقف علينا وعلى أولادنا، وأولاد أولادنا ما تناسلنا(١) وإن انقرضنا فعلى الفقراء، وأقاموا على ذلك شاهداً واحداً، فينظر: إن حلفوا معه أخذوا الدار وقفاً، ثم إذا حدث لأحدهم ولد فقضية الوقف شركته فيوقف ربع غلة الوقف إلى أن يبلغ فيصرف إليه إن حلف و لم يجعلوه على الخلاف المذكور في أن البطن الثاني هل يحتاجون إلى اليمين [إذا حلف البطن الأول، وأخرجوه إلى اليمين بعد البلوغ؟ وأيد ابن الصباغ رحمه الله: بجوابهم في هذه الصورة قول ابن سريج ومن ساعده: أن البطن الثاني يحتاجون إلى اليمين](٢)، لأن الثلاثة الحالفين ههنا واسطة بين الولد الحادث وبين الوقف، وإن كان الثاني منه، كما أن البطن الأول واسطةً بين البطن الثاني وبين الواقف.

وأجرى أبوالفرج السرخسي وجهاً في هذه الصورة أيضاً ونقل وجهين في أن الربع الموقوف يوقف في يد البنين الثلاثة أم ينتزع ويجعل في يد أمين؟ والأقرب الثاني، وإن نكل بعدما بلغ صرف الموقوف إلى الثلاثة وجعل كأنه لم يولد، هذا هو النص(٣).

واعترض المزني رضي الله عنه تفريعاً على أن الوقف يثبت بشاهد ويمين، بأنهم معترفون بأن الموقوف له فكيف يجوز لهم أخذه بامتناعه من اليمين، بل يجب أن يوقف

---

(١) في: ز "ماتناسلوا".

(٢) "إذا حلف البطن الأول ... يحتاجون إلى اليمين" ليس في: ز.

(٣) انظر: المختصر ص ٣٠٦.

إلى أن يحلف أو يموت فيقوم وارثه مقامه، والناصرون للنص أجابوا بوجهين.

أحدهما: أن صورة النص ما إذا شرط الواقف شركة من يحدث، إن رغب في الوقف، و لم يرِدّه[1]، وإذا لم يحلف مع الشاهد فكأنه رد، فإن أطلق حكى الشيخ أبوحاتم القزويني عن بعض الأصحاب أن الجواب كما ذكر[2] المزني،وعن آخرين أن الحكم لايختلف، ويحمل الوقف عليه، وإن أطلق وهذا أشهر.

وبالأول أجاب القاضي ابن كج.

والثاني: أن الواقف جعل الثلاثة أصلاً في الاستحقاق، ثم أدخل من يحدث على سبيل العول، فإذا سقط الداخل، فالقسمة على الأصول كما كانت وشبهه "في التهذيب" بما إذا مات إنسان عن[3] ألفٍ فجاء[4] ثلاثة وادعى كل واحدٍ ألفاً على الميت، وأقام شاهداً، فإن حلفوا معه، فالألف بينهم، وإن حلف اثنان، فهو لهما، وإن حلف واحد، فلذلك[5] الواحد، لكن قال الإمام: إن المزني لايسلم المسألة ويقول: ليس لصاحب الدين الأول إذا لم يحلف الثاني إلا أخذ حصته.

نعم لو أبرأ الثاني كان للأول أخذ الجميع، لأن الثاني أبطل حقه،والنكول لايبطل الحق، ألا ترى أنه لو لم يحلف مع الشاهد، ثم أتمّ البينة تسمع، ويحكم بها وكيف ما قدر الجواب، فالظاهر عند الأصحاب موافقة النص، ورأى الإمام أن يجعل ما اعترض به المزني رحمه الله قولاً مخرجاً لقوته واستحسنه، وإذا قيل به فنصيب المولود وقف تعذر مصرفه فيجيء فيه الخلاف السابق.

ولو مات المولود[6] قبل بلوغه، أو بعد بلوغه، وقبل النكول، قام ورثته مقامه، فيحلفون ويستحقون الغلة الموقوفة. ولو مات بعد البلوغ، والنكول، لم يستحقوا الغلة:

---

(١) في: أ "ترد".
(٢) في: أ "ذا".
(٣) في: أ "على".
(٤) في: أ، ب "وجاء".
(٥) في: أ، ب، ظ "فكذلك".
(٦) في: أ "المود".

لأنه[1] بطل حقه بالنكول، وهذا في الغلـة الموقوفة، فأما رقبة الوقـف وغلّتُها مـن بعدُ، فقضية الشرط عند موته أن[2] يستغرقها الثلاثة الحالفون، وهل عليهم تجديد اليمين؟ قـال الإمام: إن فرّعنا على ماقال المزني رحمه الله ففيه الخلاف المذكـور فيما إذا مـات بعض البطن الأول في وقف الترتيب، وقد حلـف الكـل هـل يحتـاج البـاقون إلى التجديـد؟ وإن فرّعنا على النص، فلا حاجة إلى التجديد، فإنا[3] نقدر أن المولود لم يكن.

ولو مات واحد من الحالفين في صغر المولود، وقف من يـوم موتـه للمولـود ثلث الغلة، لأن المستحقين عادوا إلى ثلاثة، فإن بلغ فحلف أخذ الربع والثلـث الموقوفـين، وإن نكل صرف الربع إلى الأثنين الباقيين، وإلى ورثة الميت وصرف الثلث إلى الباقين خاصـة، ويعود فيه كلام المزني رحمه الله.

ولو أن المولود بلغ مجنوناً، أدمنا الوقف طمعاً في إفاقته، فإن ولد له قبل أن يفيـق ولد[4]، وقف له الخمس، وللمجنون من يوم ولادة ولده الخمس، لأن المستحقين صـاروا خمسة فإن أفاق المجنون، وبلغ ولده وحلفا أخذ المجنون الربع من يوم ولادته إلى يوم ولادة ولده، والخمـس مـن يومئـذ، وأخـذ ولـده الخمـس[5] مـن يومئـذ، ولـو مـات المجنـون في جنونه[6] بعدما ولد له، فالغلة الموقوفة لورثته إذا حلفوا، ويوقف لولده من يوم موته، ربع الغلة، هذا كله إذا حلف المدعون الثلاثة أولاً.

فإن[7] نكلوا عن اليمين مع الشاهد[8] فلمن يحدث بعدهم أن يحلف بـلا خـلاف، لأنه شريك الأولين يتلقي من الواقـف، لا محالـة، وإن حلـف بعضهـم دون بعض، أخـذ الحالف نصيبه، وبقي الباقي على ماكان.

---

(١) في: أ "لأن".

(٢) في: أ "لأن".

(٣) "فإنا" ليست في: ظ.

(٤) "ولد" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) "وأخذ ولده الخمس من يومئذ" ليست في: ز.

(٦) في: أ، ط "حياته".

(٧) في: أ، ب، ظ "وإن".

(٨) "مع الشاهد" ليست في: ز.

وأما[١] لفظ الكتاب فإنه فُرِض فيما إذا ادعى اثنان، كما فعل في وقف الترتيب، وليعلم قوله: "وجب إخراج ثلث الوقف من يديهما" لوجه حكيناه أنه[٢] يوقف في يدهما ولا يخرج.

وقوله: "وإن نكل فقد تعذر مصرفه" هذا هو الذي ذكره المزني رحمه الله، وإيراد الكتاب يُشعر بترجيحه، والظاهر ماذكره آخراً، وهو أنه يرد إليهما كما تبين.

وأما قوله: "ولا خلاف أنه لايرد على المدعى عليه أولاً" فالمراد منه أنه لو قال للمدعى عليه إذا بلغ المولود[٣] ونكل ردوا على ماوقفتم له، فإن[٤] الحجة لم تتم. فيه، لاعتراف المستحقين، بأنهم لا يستحقون، فلا يجاب إليه، قال الإمام رحمه الله كما لايجاب في وقف الترتيب، إذا حلف البطن الأول، ونكل الثاني؛ وسببه أن يده أزيلت بحجة قامت عليه، وانقطع تعلقه عنه فلا يعود بما يفرض من تعذر المصرف، وكأنه أراد تصوير المسألة: فيما إذا ادعوا على رجل أن مورثه وقف الدار التي في يده على المدعين، وعلى أولادهم؛ دون أن يدعي بعض الورثة على بعض في دار التركة؛ وإلاَّ فإذا لم يثبت الوقف تكون الدار تركةً فلا معنى لتركها في يد المدعى عليه. والله أعلم[٥].

---

(١) في: ب ، ظ "فأما".

(٢) في: أ "وأنه".

(٣) في: أ "المود".

(٤) في: أ "وإن".

(٥) "والله أعلم" ليست في: أ، ب.

(قال [الغزالي]: الباب الخامس في الشهادة على الشهادة.

وتجري في كل ماليس بعقوبة، وفي العقوبات ثلاثة أقوال: في الثالث: تجري في عقوبات الآدميين، دون حدود الله تعالى، لأن فيها شبهةً[(١)]، لأنها بدل.

ويجري الخلاف في كتاب القاضي إلى القاضي، وفي التوكيل باستيفاء القصاص، فإذا منعنا، لم تسمع الدعوى بالقصاص[(٢)] على الغائب).

[فصل: في جواز الشهادة على الشهادة وفيما تجري وفيما لاتجري]

[قال الرافعي]: الشهادة على الشهادة مقبولة، لدعاء الحاجة إليها[(٣)]، فإن شهود الواقعة قد يغيبون، أو يموتون، وأيضاً فإن الشهادة حق لازم الأداء[(٤)]، فتجوز الشهادة عليه كسائر الحقوق، وأيضاً فإن الشهادة طريق يُظْهِرُ الحق كالإقرار فتجوز الشهادة عليه كالإقرار[(٥)]، هذا في غير العقوبات، وتدخل فيه الأموال والأنكحة، والبيوع، والرهون، وسائر العقود، والفسوخ، والطلاق، والعتاق، والرضاع، والولادة، وعيوب النساء، ولافرق بين حقوق الآدميين، وبين حقوق الله تعالى، كالزكوات، ووقوف[(٦)] المساجد، والجهات العامة.

وأما العقوبات، فحكم الشهادة على الشهادة فيها على مابيّنا في كتاب القاضي إلى القاضي[(٧)]، والأصح: المنع[(٨)] في حدود الله تعالى. والقبول في القصاص وحد القذف.

---

(١) في: ز "شهادة".

(٢) في: ز "دعوى القصاص".

(٣) الشهادة على الشهادة جائزة في الجملة اتفاقاً.
انظر: فتح القدير ٥٢٢/٦، ومواهب الجليل، والتاج والاكليل ١٩٩/٦، والمغني ١٩٩/١٤، وانظر: المختصر ص ٣١١، والحاوي ٢٣٦/٢١، والمهذب ٤٣٠/٢، والروضة ٢٨٩/١١، ونهاية المحتاج ٣٠٧/٨.

(٤) في: ز "للأداء".

(٥) "فتجوز الشهادة عليه كالإقرار" ليست في: ب، ظ.

(٦) في: أ، ب، ظ "وقف".

(٧) انظر: الوجيز ٢٤٦/٢، والروضة ١٩٦/١١.

(٨) انظر: الحاوي ٢٣٨/٢١، والروضة ٢٨٩/١١، ومغني المحتاج ٤١٥/٤.

وعن ابن القاص: أن الشهادة على الشهادة في الإحصان تُخرَّج على الخلاف في أن[1] الشهادة على الشهادة، هل تقبل في الحدود[2]؟.

ولو شهد شاهدان على شهادة شاهدين، أنَّ الحاكم حد فلاناً، فلا خلاف في القبول، لأنه حق الآدمي، فإنه يسقط الحدَّ عن نفسه. قاله في "الشامل".

وليلعمْ قوله في الكتاب "في عقوبات الآدميين" بالحاء، لأن عند أبي حنيفة، لاتقبل الشهادة على الشهادة في القصاص في النفس، كما في حقوق الله تعالى[3]. وقوله: "دون حدود الله تعالى" بالميم، لأن عند مالك: تقبل فيها الشهادة على الشهادة[4]. وقوله: "لأن فيها شبهة، لأنها بدلٌ" يعني أن شهادة الفرع، بدلٌ عن[5] شهادة الأصول[6]، وذلك يورث زيادة الشبهة[7]، لانضمام احتمال الخيانة في الفروع إلى احتمالها في الأصول. وقوله: "ويجري الخلاف في كتاب القاضي إلى القاضي، وفي التوكيل باستيفاء القصاص" أشار به إلى[8] أن الخلاف في الصورة[9] مبنيٌّ على معنى البدلية، وتأثيره في زيادة الشبهة.

وقوله: "فإذا منعنا" يعني كتاب القاضي إلى القاضي، "لم تسمع دعوى القصاص على غائب"، لأنه لايتمكن[10] من استيفائه، ولايجوز أن يكتب به إلى موضع المدعى عليه. والله أعلم.

---

(١) في: ز "على الشهادة في أن الخلاف".

(٢) قال في أدب القاضي ٣٢٠/١ "وخرجته في مذهب الشافعي على قولين. كما في حدود الله تعالى: أحدهما: أنها مقبولة. والثاني: أنها غير مقبولة ... هذا أصحهما لدرئ الحدود بالشبهات".

(٣) انظر: الهداية ١٣٠/٣، وفتح القدير ٥٢٢/٦.

(٤) مختصر خليل ص ٢٦٨، والتاج والإكليل ١٩٩/٦.

(٥) في: أ "على".

(٦) في: ب "الأصل".

(٧) "الشبهة" لغة الإلتباس. انظر: المصباح ٣٠٤/١.
الشبهة شرعاً: ما التبس أمره، فلا يدرى أحلال هو أم حرام. وحق هو أم باطل. انظر: القاموس الفقهي ص ١٨٩.

(٨) "إلى" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) في: ز "الصور".

(١٠) في: "لم يتمكن" وهو خطأ.

(قال [الغزالي]: ثم النظر في أربعة أمور: الأول: أنه لايجوز تحمل الشهادة على الشهادة، إلا إذا قال: الشاهد أشهدتك على شهادتي، أو رآه الفرع، وقد[1] شهد بين يدي حاكم[2]، فله أن يشهد على شهادته، وإن لم يشهده. وإن قال: في غير مجلس القضاء:لفلان عليَّ فلان حق، وعندي[3] به شهادة، لم يجز التحمل[4] لأنه يتساهل في غير مجلس الحكم. نعم لو قال: عندي شهادة مجزومة لفلان، ففيه وجهان. ولو قال: أشهد أن له عليه كذا، لم يتحمَّل فلعلَّه أراد الوعد. ولو قال: عليَّ لفلان ألف، لم يحمل على الوعد، وجازت الشهادة إذ لايُتَساهَل في الإقرار).

[الفصل الأول: في تحمل الشهادة على الشهادة]

[قال الرافعي]: أدرج مسائل الباب بعدما بين أن الشهادة على الشهادة فيما تجري وفيما لاتجري، في أربعة فصول:

أحدها: في تحمل الشهادة على الشهادة، وإنما يجوز التحمل إذا عرف أن عند الأصل[5] شهادةً جازمةً بحق ثابت، ولمعرفته أسباب.

السبب الأول أن يسترعيه الأصل فيقول: إني شاهد بكذا ونحو ذلك

أحدها: أن يسترعيَهُ[6] الأصل، فيقول: إني شاهد بكذا، وأشهدتك على شهادتي، أو يقول: أشهدك أو أشهد على شهادتي بكذا، أو يقول: إذا استشهدت على شهادتي، فقد أذنت لك في أن تشهد.

أما إذا سمع إنساناً يقول: لفلان على فلان كذا، وأشهد أن لفلان على فلان كذا، لا على صورة أداء الشهادة، فلا يجوز أن يشهد على شهادته، لأنه قد يريد عدةً كان قد وعدها، ويشير[7] بكلمة "علي" أن من مكارم الأخلاق، الوفاء بها، وتنزيلها منزلة

---

(١) في: ز : "وقد رآه يشهد".
(٢) في: "الحاكم".
(٣) في: أ، ب، ظ "أوعند".
(٤) في: ز "الشهادة".
(٥) في: ز "أن الأصل عند".
(٦) في: ب "يستدعيه".
(٧) في: ب "وقد يشير".

الديون، وأيضاً قد يتساهل بإطلاق ذلك، لغرض صحيح، أو فاسد، وإذا[١] آل الأمر إلى إقامة الشهادة أحجم. وكذا لو عندي شهادة بكذا، ولكن لو قال: عندي شهادة مجزومة، أو شهادة أبتّها، ولا[٢] أتمارى فيها، وما أشبه ذلك، ففي جواز التحمل وجهان، نقلهما الإمام، والموافق منهما[٣] لإطلاق الأكثرين المنعُ أيضاً، ولابد من تعرض الأصل للفظ الشهادة، فلو قال: أعْلَمُ، أو أستيقنُ، لم يكف، كما لو أتى الشاهد عند إقامة الشهادة بهذه الألفاظ، فإنه لايحكم بها القاضي.

قال الإمام[٤]: وأبعد بعض أصحابنا، فأقام اللفظ الذي لاتردد فيه، مقام لفظ الشهادة، ولايشترط أن يقول: في الاسترعاء: أُشهدُك[٥] على شهادتي،أوعن شهادتي، لكنه أتم بقوله[٦]: أشهدك[٧] على شهادتي تحميل[٨].

وقوله: "عن شهادتي" إذنٌ في الأداء، كأنه يقول: أدِّها عني، ولإذنه أثر في الطرفين[٩]، ألا تراه[١٠] لو قال له بعد التحميل: لاتؤدِّ عني تلك الشهادة امتنع عليه الأداء. وفي "الشامل" أن بعض الأصحاب، شرط في الاسترعاء ذلك، وإذا حصل الاسترعاء لم يختص التحمل بمن استرعاه[١١][١٢]، كأنه يقول: للفرع: أقبل على[١٣] شهادتي وتحملها.

---

(١) في: ب، ظ "فإذا".

(٢) في: ز "أولا".

(٣) في: ب "فيهما" وليست في: ز.

(٤) "قال الإمام" ليست في: ز.

(٥) في: أ "أشهدتك".

(٦) في: ظ "مقولة".

(٧) في: أ "أشهدتك".

(٨) في: أ "تحمل".

(٩) في: أ "الطريق".

(١٠) في: ز "ترى أنه".

(١١) "وفي الشامل ... بمن استرعاه" ليست في: ب، ظ.

(١٢) في: ز "بل لزيد التحمل، والأداء باسترعاء عمرو، خلافاً لأبي حنيفة. والاسترعاء: استفعال من الرعاية.

(١٣) "على" ليست في: ز.

والثاني: إذا سمعهُ يشهدُ عند القاضي أن لفلان على فلان كذا، فله أن يشهد على شهادته، وإن لم يسترعه، لأنه لايتصدى لإقامة[1] الشهادة عند القاضي، إلا بعد تحقق الوجوب.

وللقاضي أيضاً أن يشهد على شهادته عند قاض آخر، والشهادة عند المُحَكم كالشهادة عند الحاكم، سواءً جوزنا التحكيم، أو لم نجوزه، لأنه لايشهد عند المُحكّم أيضاً، إلا وهو جازمٌ بثبوت المشهود به.

وعن الإصطخري: أنه إنما تجوز الشهادة عند المحكم، إذا جوزنا التحكيم، أما على القول الآخر، فلا.

والثالث: إذا تبين سبب الوجوب، فقال[2]: أشهد أن لفلان على فلان كذا، في ثمن مبيع، أو قرض، أو أرش جناية، فتجوز الشهادة على الشهادة، وإن لم يشهد عند القاضي، ولا وجد منه استرعاء، لأن الاستناد إلى السبب يقطع احتمال الوعد، والتساهل. هذا مايوجد لعامة الأصحاب.

وحكى الإمام: وجها آخر أنَّ الإسناد إلى السبب[3]، لايكفي للتحمل، ورآه أظهر[4].

وهذا الوجه قد رواه[5] الشيخ "أبوحاتم القزويني أيضاً".

وروى[6] وجهاً آخر:أن الشهادة عند القاضي لاتكفي أيضاً بل لابد من الاسترعاء، ويحكى عن أبي حنيفة، مثل ذلك[7].

---

(١) في: ب، ظ "إقامة".

(٢) في: ز "قال".

(٣) من قوله "يقطع الاحتمال .... إلى السبب" ليست في: أ.

(٤) "ورآه أظهر" ليست في: ز.

(٥) في: أ، ب، ظ "رواه".

(٦) في: أ، ب "فروى".

(٧) انظر: الهداية ١٣٠/٣، وفتح القدير ٥٢٥/٦.

فيجوز أن يُعلَّم بذلك[١] قوله في الكتاب: "أو رآه الفرع، وقد شهد بين يدي حاكم" بالحاء، والواو. وقوله: "ولو قال: أشهد أن له عليه كذا لم يتحمل"، فلعله أراد الوعد" يمكن حمله على ماذكرنا أن المشهود عليه ربما أراد الوعد، ويمكن حمله على أن القائل ربما أراد الوعد بالشهادة، لا أن[٢] عنده شهادة في الحال، فينضم هذا إلى معنى التساهل الذي ذكره فيما إذا قال: عندي شهدة بكذا، والحكم فيهما واحد. وأما قوله: "ولو قال عليَّ لفلانٍ ألفٌ" لم تحمل على الوعد، وجازت الشهادة.

فاعلم[٣] أن الأصحاب: لما ذكروا في هذا الموضع، أنه لايجوز التحمل، بأن يُسمع من الأصل: أني أشهد بكذا، أو عندي شهادة بكذا، تكلموا في أنه هل يكفي للتحمل أن يسمعه[٤] يقول: لفلان عليَّ كذا؟.

فعن أبي إسحاق: أن هناك أيضاً، لايجوز التحمل بهذا القدر، بل لابد مع ذلك من قرينةٍ تُشعر بالوجوب، بأن يسنده إلى سبب فيقول: من ثمن مبيع أو غيره[٥] يسترعيه، فيقول: فاشهد عليَّ به. والصحيح[٦]، وهو المذكور في الكتاب: أن مجرد الإقرار كافٍ للتحمل، وفرقوا بينه، وبين تحمل الشهادة على الشهادة من وجهين: هل يكفي للتحمل أن يسمعه أن يقول: لفلان علي كذا؟

أحدهما: أن الشهادة يعتبر فيها ما لا[٧] يعتبر في الإقرار، ألا ترى أنه لاتقبل شهادة الفاسق والمغفَّل؟ والشهادة بالمجهول، والإقرار بخلافه[٨]، فجاز أن يعتبر في تحمل الشهادة ما لا يعتبر في تحمل الإقرار.

والثاني: أنَّ المقر مخبر عن نفسه، والشاهد مخبر عن غيره، والمخبر عن نفسه بما

(١) "بذلك" ليست في: أ، ب، ظ.
(٢) في: أ "ولأن".
(٣) في: أ "واعلم".
(٤) في: أ "أن يقول".
(٥) في: أ، ب، ظ "مبيع أو يسترعيه".
(٦) انظر: الروضة ٢٩١/١١، ومغني المحتاج ٤٥٤/٤.
(٧) "فيها ما لا يعتبر" ليست في: أ.
(٨) في: أ، ب، ظ "يخالفه".

يضر به لا يخبر إلا عن تحقيقٍ، ولا يكاد يتساهل، والمخبر عن غيره[١] قد يتساهل فيحتاج فيه إلى الاحتياط.

على الفرع عند أداء الشهادة يبين جهة التحمل

فرعٌ: الفرع عند أداء الشهادة يُبين جهة التحمل، فإن استرعاه الأصل، قال: أشهد أن فلاناً، شهد أن لفلان[٢] على فلان كذا، وأشهدني على شهادته، وإن لم يسترعه بيَّن أنه شهد عند القاضي، أو أنه أسند المشهود به إلى سببه. قال الإمام: وذلك لأن الغالب على الناس الجهلُ بطريق التحمل، فإن كان ممن يعلم، ووثق به القاضي، جاز أن يكتفي بقوله: أشهد على شهادة فلان بكذا، ويستحب للقاضي أن يسأله بأي سبب تثبت هذا المال؟ وهل أخبرك به الأصل؟[٣] وهذا إذا لم يبين السبب.

[الفصل الثاني: في صفات شاهد الأصل وما يطرأ عليه]

(قال [الغزالي]: الثاني: في[٤] الطواريء، ولا بأس بموت شاهد الأصل،وغيبته ومرضه، وأما إذا طرأ عليه الفسق، أو العداوة، أو الردة؛امتنع شهادة الفرع، ولو طرأ الجنون، فوجهان: ولو طرأ العمى، فوجهان مرتبان، وأولى بأنه لايمنع، والصحيح أنهما لايمنعان، أما إذا كذب الفرع[٥] امتنعت الشهادة)[٦]

[قال الرافعي]: الفصل الثاني: في صفات شاهد الأصل، وما يطرأ عليه، لايصح تحمل الشهادة على شهادة الفاسق، والكافر، والعبد، والصبي، والعدو، لأنهم غير مقبولي الشهادة، وإن تحمل، والأصل بصفات الشهود، ثم عرض مايمنع قبول[٧] شهادته، أو

---

(١) من قوله "والمخبر عن نفسه .... والمخبر عن غيره" ليست في: ج.

(٢) "أن" ليست في: أ.

(٣) قال بهامش العزيز ١١٥/١٣ "وهذا التفصيل ذكره الإمام، وزعم أنه من تصرفه، وأن ظاهر كلام الجمهور اشتراط بيان جهة التحمل مطلقاً، ولهذا عد الماوردي: أداء الشهادة على الصفة التي يحتملها شرطاً، وليس كذلك، فإن الشافعي رضي الله عنه قال في "المختصر": وإن شهد الشاهد بالمال، فأحب أن لايقبل هذا منه، قال في "الشامل" ليست هذه المسألة من باب الشهادة على الشهادة، وإنما هي من باب شاهدي الأصل"

(٤) "الثاني في" ليست في: أ.

(٥) في: أ "الأصل الفرع".

(٦) في: أ "ولو كذبوا بعد القضاء لم يؤثر".

(٧) في: أ "فيقول".

الوصول إليها، فإن كان العارض الموت، أو الغيبة، أو المرض، فلا أثر له، بل شهادة الفرع حينئذ يحتاج إليها، كما سيأتي.

وإن عرض فسق، أو عداوة أوردة، لم تقبل شهادة الفرع، وبالأصل هذه الأحوال.

ووجههُ الامام: بأن هذه الحالات[١] لاتهجم دفعة واحدة بل الفسق يورث الريبة، فيما تقدم، والردة، تشعر بخبثٍ في العقيدة سابقٍ، والعداوة بضغائن[٢] كانت مستكنةً وليس لمدة الريبة[٣] من قبل، ضبطً. فتنعطف إلى حالة التحمل، فإن زالت فهل للفرع أن يشهد بالتحمل الأول" أم يحتاج إلى تحمل جديد؟ عن ابن سريج فيما حكى ابن العباس الروياني، وغيره[٤]: أنه يحتاج إلى تحمل جديد، وهذا ما صححه الإمام بناء[٥] على انعطاف الريبة إلى حالة التحمل. وروى وجهاً آخر أنه لاحاجة إليه، وهذا قضية إيراد "التهذيب".

ولو حدث الفسق أو الردة، بعد الشهادة، وقبل القضاء، امتنع القضاء[٦]، كما لو شهد الأصل، وفسق قبل القضاء.

ولو حدث بالأصل جنون، فوجهان منقولان في "النهاية"

أحدهما: امتناع شهادة الفرع، كما في الفسق، وإنما قلنا في الموت والمرض للحاجة.

وأصحهما: وهو[٧] جواب الجمهور: أنه لا أثر له، كالموت، لأنه لايوقع ريبة فيما مضى.

---

(١) في: ظ "الحادث".
(٢) في: أ، ب، ظ "لضغائن".
(٣) "الريبة" ليست في: ب.
(٤) "وغيره" ليست في: أ، ب، ظ.
(٥) في: أ "بنا".
(٦) "امتنع القضاء" ليست في: ز.
(٧) "وهو" ليست في: ب. وانظر: الروضة ٢٩٢/١١، ومغني المحتاج ٤٥٤/٤.

والوجهان جاريان فيما لو عَمِيَ، وأولى بأن يؤثر، لأن العمى لايبطل أهلية الشهادة بالكلية.

ولو أغميَ عليه. قال الإمام: إن كان غائباً[1] لايؤثر، وإن كان حاضراً، لم يشهد الفرع، بل ينتظر زواله، فإنه قريب الزوال.

وقضيته:أن يكون الجواب كذلك، وفي كل مرض يتوقع زواله توقع[2] زوال الإغماء[3]، ولا أثر لحدوث شئ من هذه المعاني بعد القضاء، وكذا لو شهد الفرع في غيبة الأصل، ثم حضر بعد القضاء، لم يؤثر، وإن حضر قبله، امتنع القضاء، والتكذيب بعده، لايؤثر.

ولو قضى القاضي، ثم قامت البينة على أن الأصل قد كذب الفرع، قبل القضاء، فالقضاء منقوض ذكره[4] الإمام.

هذا هو القول في صفات الأصل[5].

وأما الفرع، فلو تحمل على الشهادة[6]، وهو فاسق، أو عبدٌ، أو صبي، أو أخرس، صح تحمله،كتحمل الأصل للشهادة، في هذه الأحوال، ثم الأداء يكون بعد زوالها، ولا تقبل الشهادة على الشهادة،إلا من الرجال، ولا مدخل فيها لشهادة النساء.

---

(١) في: ب "لايؤثر إن كان غائبا".

(٢) في: ز "زواله وزوال".

(٣) قال النووي في الروضة ٢٩٢/١١ "ليس كما قال الرافعي رحمه الله، بل الصواب أن المرض لايلحق بالإغماء، وأن توقع زواله قريباً، لأن المريض أهل للشهادة بخلاف المغمي عليه. والله أعلم. وانظر: مغني المحتاج ٤٥٥/٤.
وورد بهامش العزيز ١١٦/١٣ "قال في الخادم: وهذا الكلام لعله صدر عن غير رؤية، فإنه إذا انتظر إفاقة المغمي عليه مع عدم أهليته فانتظار المريض مع أهليته أولى. وقال ابن الرفعة في "المطلب" : والصواب مع الرافعي،لأن الإغماء لم يجعل مانعاً من الشهادة،بدليل أنه لايؤثر في حال الغيبة اتفاقاً، فصار كالمرض فانتفى ذكره من الفرق. نعم، لو ذكر له حالة إغماء، وكانت تطول، فالظاهر أنه يسلك به مسلك تزويج موليته، كما ذكرنا في النكاح بلا ولي".

(٤) في: أ "ذكر". وانظر: بهامش العزيز ١١٦/١٣ و ١١٧.

(٥) في: ز "الأصول".

(٦) "على الشهادة" ليست في: أ، ب، ظ.

وإن كانت الأصول، أو بعضهم إناثاً، وكانت الشهادة في ولادة أو رضاع، أو مالٍ لما سنذكره[1] إن شاء الله تعالى: أن شهادة الفرع تُثْبِتُ شهادة الأصل، لا ما[2] شهد به الأصل، ونفس الشهادة ليست بمالٍ، ويطلع عليه الرجال.

وقال أبوحنيفة: تقبل الشهادة على الشهادة من النساء، فيما تقبل فيه شهادة النساء[3].

ونقل القاضي ابن كج: وجها مثله في الولادة[4]. والله أعلم.

[الفصل الثالث: في عدد شهود الفرع]

(قال [الغزالي]: الثالث: العدد وليشهد على كل شاهدٍ شاهدان، فإن شهدا على شهادتهما جميعاً، جاز على أقيس القولين، ولايجوز أن يشهد أحدُ شاهدي الأصل مع شاهدٍ آخر، على شهادة الأصل الثاني، وشهادة الزنا، كالإقرار بالزنا فتثبت بشاهدين، أو بأربعة؟ فيه قولان: ويجتمع من هذه الاختلافات في شهود الفرع في الزنا، إن قبلناها: أربعة أقوالٍ، فيجب ستة عشر، أو ثمانية عشر، أو أربعة، أو اثنان).

[قال الرافعي]: الفصل الثالث: في عدد شهود الفرع؛ فإن شهد شاهدان على شهادة أصلٍ وآخران على شهادة الثاني، فقد تم النصاب بلا كلام.

ولايجوز أن يشهد فرعٌ على شهادة أصل، وآخر على شهادة الثاني. خلافاً

---

(١) في: أ "سنذكر"

(٢) في: ز "إلا ما شهد".

(٣) انظر: اللباب شرحالكتاب ٦٨/٤، والهداية ١٣٠/٣، وفتح القدير ٥٢٣/٦ و ٥٢٤.

(٤) الوجه الذي نقل عن ابن كج قال عنه النووي في الروضة ٢٩٣/١١ "وهو شاذ" والمذهب أنه "لاتقبل شهادتهن على شهادة غيرهن، وإن كانت الأصول، أو بعضهم نساء" ذكره في مغني المحتاج ٤٥٤/٤، ثم قال: "ولا يصح أيضاً تحمل الخنثى المشكل، فإن بانت ذكورته صح تحمله، ولو تحمل فرع واحدٌ عن أصل فيما يثبت بشاهد ويمين، فأراد ذو الحق أن يحلف مع هذا الفرع، لم يجز، لأن شهادة الأصل، لاتثبت إلا بشاهد ويمين، ولو شهد على أصل واحد فرعان. فله الحلف معهما قاله الماوردي".

لأحمد[١].

واحتج الأصحاب: بأن الفرع يثبت بشهادة الأصل، فلا يكفي واحد لإثبات شهادة كل أصلٍ، كما لو شهد اثنان على إقرار مقرين.

كذلك لو[٢] شهد اثنان على شهادة الأصلين معاً، ففيه قولان:

أحدهما: وهو اختيار المزني[٣]. أنه لايجوز، لأنهما إذا شهدا على شهادة أحد الأصلين، كانا كشاهدٍ واحد قام بشهادته[٤] أحد الشطرين فلا يقوم بها الشطر الثاني، كمن شهد مرة على شيء، لايشهد مرة أخرى.

وكما لو شهد أصالة، ثم شهد مع فرع على شهادة الأصل.

والثاني: وبه قال أبوحنيفة[٥]، ومالك[٦]، وأحمد[٧]. رحمهم الله. يجوز لأنهما شهدا على قول اثنين، فصار، كما لو شهدا على إقرار رجلين[٨].

والقولان: فيما ذكره الشيخ أبوحامد، وطبقته، مبنيان على أن الفروع يقومون مقام الأصول، ويثبت الحق بشهادتهم ثبوته بشهادة الأصول، أو الفروع يثبتون شهادة الأصول، والحق يثبت بشهادتهم.

وفيه قولان: نوجهُ أولهما بأن الواحد لايجوز أن يشهد أصالة ومع الفرع، على شهادة الأصل الثاني. ولولا قيام الفروع مقام الأصول في إثبات الحق، لجاز، لأن شهادتيهما[٩] حينئذ تتوجهان نحو شيئين مختلفين.

---

(١) انظر: المغني ٢٠٥/١٤.
(٢) في: ب "ولو".
(٣) انظر: المختصر ص ٣٠٦، والروضة ٢٩٣/١١، ومغني المحتاج ٤٥٥/٤.
(٤) في: ب، ظ "شهادة".
(٥) انظر: فتح القدير ٥٢٢/٦.
(٦) انظر: التاج والاكليل ١٩٩/٦.
(٧) انظر: المغني ٢٠٥/١٤.
(٨) انظر: الروضة ٢٩٣/١١، ومغني المحتاج ٤٥٥/٤.
(٩) في: أأ ز، ظ "لأن شهادتيه".

وثانيهما: وهو الأصح بأنهم مصرحون بالشهادة على شهادة الأصول، و لم يشهدوا فعلاً، ولا سمعوا قولاً. فإن قلنا بالأول: فمن قام بأحد شطري البينة، لايقوم بالثاني كالأصول، وإن قلنا: بالثاني فلا بأس، كما لو شهد على إقرار شخصين، ويمكن أن يكون الخلاف الذي مر في أن النساء، هل لهن مدخل في الشهادة على الشهادة؟ مبيناً على هذا الأصل.

وقضيته: إثبات خلافٍ، في أنه هل يجوز أن يشهد فرعٌ على شهادة هذا، وفرع على شهادة هذا؟ لكن لم يذكروا فيه خلافاً، ثم في "التهذيب"[1] أن أصح القولين: أنه لايجوز أن يشهد اثنان على شهادة الأصلين معاً، وكذا ذكره أبوالفرج السرخسي، وربما سموه الجديد، ومقابلة القديم، ولكن أصحابنا العراقيون، رجحوا الجواز، وإليه ذهب الإمام، وصاحب الكتاب، والروياني، وصاحب "العدة".

فإن قلنا: بالمنع، فلو أقام شاهدين على شهادة الأصلين معاً، فله أن يجيب على أيهما شاء، ويحلف معه.

ولو شهد أربعة على شهادة الأصلين فوجهان.

أحدهما: المنع أيضاً، لأنهما جميعاً إذا قاموا مقام شاهد واحد، لايقومون مقام الثاني.

والثاني: يجوز، لأنه قد شهد اثنان منهم على شهادة زيدٍ، واثنان على شهادة عمرو، فلا يضر تعرض شاهدي زيد، لشهادة عمرو، وبالعكس.

قال الإمام: وهذا هو الذي لايجوز غيره، وجميع ماذكرنا فيما إذا شهد الفروع على شهادة رجلين، فإن شهدوا على شهادة رجل وامرأتين، فعلى القول الأول فيما إذا شهد الفروع[2] على شهادة رجلين، فإن شهدوا على شهادة رجل وامرأتين فعلى القول الأول لابد من ستة يشهدُ كل اثنين منهم /على شهادة واحدة[3] وعلى الثاني يكفي ٥٣٨/ز

(١) ٢٩٣/٨، وانظر: الروضة ٢٩٣/١١، ومغني المحتاج ٤٥٥/٤.
(٢) في: ز "الفرع".
(٣) في: أ، ب، ظ "واحد".

شهادة اثنين على شهادة الكل وإن شهد ما على شهادة أربع نسوة في ولادة أو رضاع، فعل الأول لابد من ثمانية يشهد كل اثنين على شهادة واحد[١] وعلى الثاني[٢] يكفي اثنان للكل.

وعلى الوجه الذي نقله القاضي ابن كج رحمه الله في أن شهادة النساء على شهادة النساء مقبولة في الولادة.

وحكى[٣] وجهين في أنه يكفي شهادة أربع على شهادة أربع، أم لابد من ستة عشرة، ليشهد كل أربع منهن على واحدة. ولو شهد على شهادة الفروع فروع واعتبرنا أن يشهد فرعان على شهادة أصل[٤] وآخران على شهادة الأصل الثاني فيجب أن يشهد على شهادة كل فرع من الفروع الأربعة اثنان فيجتمع ثمانية ثم شهادتهم لاتثبت إلا بستة عشر[٥] وعلى هذا القياس.

وإذا قلنا: بجريان الشهادة على الشهادة في حدود الله تعالى تثبت شهادة الزنا بأربعة أم يكفي اثنان؟ فيه قولان كالقولين في الإقرار بالزنا[٦]. ووجه الشبه أن كل واحدٍ منهما قول يثبت به الزنا ويتولد من ازدواج هذا الأصل والأصل السابق وهو أنه هل يتعين أن يشهد على شهادة كل أصل فرعان؟ أربعة أقوال في عدد الفروع في الزنا فإن قلنا تثبت شهادة الزنا باثنين وقلنا تجوز شهادة فرعين على شهادة الأصلين معاً كفى اثنان، وإن قلنا تثبت شهادة الزنا باثنين، ولكن يعتبر، أن يشهد على شهادة كل أصل فرعان فلابد من ثمانية.

وإن قلنا إن شهادة الزنا لاتثبت إلا بأربعة، فإن قلنا تجوز شهادة فرعين على شهادة الأصلين معاً كفى هٰهنا أن يشهد أربعة على شهادة الأربعة الأصول، وأن قلنا:

---

(١) في: أ، ب، ظ "واحد".

(٢) قوله "وعلى الثاني يكفي شهادة الكل، وإن شهدوا على شهادة أربع نسوة في ولادة أو رضاع، فعلى الأول لابد من ثمانية يشهد كل اثنين على شهادة واحد". ليست في: ز.

(٣) "و" ليست في: ز.

(٤) في: أ "أصل".

(٥) في: أ "ستة عشر".

(٦) انظر: الوجيز ١٦٩/٢، والصحيح مرة واحدة.

يعتبر أن يشهد على شهادة كل أصل فرعان فههنا[١] يجب أن يشهد على شهادة كل واحدٍ من الأربعة أربعة، فيجتمع ستة عشر. وهذا إذا فرّعنا على جريان الشهادة على الشهادة في الحدود، والأصح المنع على ماتقدم[٢].

[الفصل الرابع: في وقت سماع شهادة الفرع]

(قال [الغزالي]: الرابع: أنه لايسمع شهادة الفرع إلا إذا مات الأصل، أو مرض مرضاً يشق عليه الحضور، أو غاب فوق مسافة القصر، فإن كان دونه، وفوق مسافة العدوى فوجهان، وخوف الغريم، وكل ما تترك به الجمعة كالمرض)[٣].

[قال الرافعي]: الفصل الرابع في أن شهادة الفرع متى تسمع؟ وإنما تسمع شهادة الفرع إذا تعذر الوصول إلى شهادة الأصل أو تعسر وإلا ازداد احتمال الخطأ والخلل، من غير ضرورة و[٤] حاجة حاقة[٥]. وتخالف الرواية فإنها أوسع باباً.

وحكى القاضي أبوسعد الهروي وجهاً عن نقل صاحب[٦] "التلخيص" أنه تقبل شهادة الفروع وإن[٧] حضر الأصول والمذهب المشهور الأول[٨].

فمن وجوه التعذر موت الأصل، وألحق به العمى[٩]، ومن وجوهه المرض[١٠] ولا يشترط أن لايمكنه[١١] الحضور، وإنما المعتبر أن يناله في الحضور مشقة ظاهرة، ويلحق خوف الغريم، وسائر ما تترك به الجمعة بالمرض، هكذا أطلق الإمام، وصاحب الكتاب

---

(١) في: ز "فهنا".

(٢) انظر: المختصر ص ٣١١، والحاوي ٢٣٦/٢١، والمهذب ٤٣٠/٢، والروضة ٢٨٩/١١.

(٣) في: أ "كالمريض".

(٤) "و" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) "حاقة" ليست في: ظ. و "حقت، تحق" من باب قتل: أحاطت بالخلائق فهي "حاقة" ومن هنا قيل "حقت" الحاجة إذا قلت. واشتدت فهي "حاقة" المصباح المنير /١٤٤.

(٦) في: أ "لأصحاب" بحثت في "التلخيص" فلم أرى ذلك. والله أعلم.

(٧) في: أ "إذا".

(٨) انظر: الروضة ٢٩٤/١١، وشرح الجلال المحلي ٣٣٢/٤.

(٩) في: أ "الأعمى". ومثلهما الجنون المطبق والخرس الذي لايفهم" ذكره في مغني المحتاج ٤٥٥/٤.

(١٠) في: أ "المريض".

(١١) "لا" ليست في: أ.

وليكن[١] ذلك في الأعذار الخاصة دون مايعم الأصول والفروع، كالمطر والوحل الشديد[٢] ولايكلف[٣] القاضي أن يحضر عند شاهد الأصل أو يبعث إليه نائبه، لما فيه من الابتذال، ومنها الغيبة إلى مسافة القصر، وإن كانت دون مسافة القصر فمنهم من أطلق وجهين:

وكذلك يحكى عن ابن القطان رحمه الله. والأشبه أنه إن كانت المسافة بحيث لو خرج الأصل بكرة لأداء الشهادة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً فلا تسمع شهادة الفرع.

وتسمى هذا المسافة مسافة العدوى، وإن كانت[٤] بحيث لا يمكنه الرجوع في وضع الوجهين والتفصيل هو المذكور[٥] في الكتاب والطريقان كما ذكرنا من الطريقين فيما إذا غاب الولي الأقرب[٦]، إلى مادون مسافة القصر، أنه هل يكون ذلك كالغيبة إلى مسافة القصر؟ لكن الأظهر ههنا فيما فوق مسافة العدوى قبول شهادة الفرع[٧]، لأن الولي إذا روجع لم يحتج إلى الحضور، بل يوكل، والشاهد يحتاج إلى الحضور، وأيضاً فالخصم قد يهرب فيفوت الحق، والنكاح لايفوت غالباً بهذا القدر من التأخير.

وعبارة جماعة من الأصحاب: أن الغائب إن كان تلحقه مشقة غليظة في المجيئ إلى مجلس الحكم لم يكلف، وسمعت شهادة الفروع.

وهذا يجوز أن يحمل على المشقة اللاحقة بالمجيء فيما[٨] فوق مسافة العدوى، ويجوز أن يجعل أعم من ذلك، وإلى المحمل الأول، ميل ابن الصباغ.

وقوله في الكتاب: "أنه[٩] لاتسمع شهادة الفرع" إلى آخره[١٠]، يمكن أن يعلم

---

(١) في: أ، ب، ظ :ولكن".
(٢) انظر بهامش العزيز ١٢٠/١٣.
(٣) في: أ "لم يكلف".
(٤) في: ز "وإن كان".
(٥) في: ز "والتفصيل المذكور هو".
(٦) انظر: الوجيز ٧/٢، والروضة ٦٨/٧، ومغني المحتاج ١٥٧/٣.
(٧) في: ز "الفروع".
(٨) في: "من ما".
(٩) في: أ "أنا".
(١٠) في: أ "يكون يمكن".

بالواو، لا، مانقله صاحب "التلخيص" يسمعها وإن لم يوجد شيئ من الحالات المستثناة.

وقوله: "أو غاب فوق مسافة القصر" كلمة "فوق" لاحاجة إليها، بل مسافة القصر فما[1] فوقها في الحكم.

[فصل: ليس على شهود الفرع تزكية الأصل]

(قال [الغزالي]: وليس على شهود الفرع تزكية[2] الأصل، لكن لو زكوا ثبتت عدالتهم، وشهادتهم بقول الفرع، وليس عليهم أن يشهدوا على صدق شهود الأصل).

[قال الرافعي]: يجب على الفروع تسمية شهود الأصل، وتعريفهم، لأنه لابد من معرفة عدالتهم، وما لم يعرفوا، لاتعرف عدالتهم[3] ولو وصفوا الأصول بالعدالة ولم يسموهم، بأن قالوا: نشهد على شهادة عدلين، أو عدول، لم يجز، لأن القاضي قد يعرفهم بالجرح، لو سموا ولأنه يسد باب الجرح على الخصم، ولا يشترط في شهادة الفرع[4] تزكية شهود الأصل، بل لهم إطلاق الشهادة، ثم القاضي يبحث عن عدالتهم، ويروى عن أبي حنيفة[5] ومالك[6] رضي الله عنهما اشتراطها. ونقل صاحب التهذيب رحمه الله وجهاً للأصحاب رحمهم الله أيضاً. وفي "الجرجانيات" لأبي العباس الروياني رحمه الله تفريع على ما مرّ: أنه لو فسق شاهد الأصل، ثم تاب لم يكن للفرع أن يشهد على شهادته إلا بإشهاد جديد حكاية وجه أنه لابد للفروع /من أن يقولوا[7] أشهدنا على شهادته وكان عدلاً إلى اليوم أو إلى أن مات إن كان قد مات. ٥٣٩/ز

وإذا قلنا: بعدم الاشتراط، فلو أنهم زكوهم، وهم بصفات المزكين، فالمشهور أنه تثبت عدالتهم، والمشهور فيما إذا شهد اثنان في واقعة، وزكى أحدهما الثاني أنه لاتثبت

---

(١) في: أ، ز، ب "كما" وهو خطأ.

(٢) في: ب "شهود الأصل".

(٣) "وما لم يعرفوا لا تعرف عدالتهم" ليست في: أ.

(٤) في: ز "الفروع".

(٥) في الهداية ١٣١/٣، واللباب شرح الكتاب ٧٠/٤.

(٦) مختصر خليل ص ٢٦٨.

(٧) في: أ "يقول".

عدالة الثاني، فمنهم من جعلهما[١] على وجهين، كأنه خرّج في كل صورة من[٢] الأخرى، والصحيح الفرق.

ووجّه: بأن تزكية الفروع للأصول[٣] من تتمة شهادتهم، ولذلك شرط شارطون تعرضهم لها، وهناك[٤] قام الذي يزكي بأحد شطري الشهادة فلا يجوز له القيام بالثاني، ولا يجب[٥] أن يتعرض الفروع[٦] في شهادتهم لصدق[٧] الأصول، فإنهم لايعرفونه بخلاف ما إذا حلف المدعي مع الشاهد الواحد حيث يتعرض لصدقه، لأنه يغرمه.

وليعلم لما ذكرنا قوله في الكتاب ﴿**وليس على شهود الأصل**﴾ بالحاء والميم والواو. وقوله ﴿**وتثبت عدالتهم**﴾ بالواو[٨]. وا لله أعلم بالصواب.

---

(١) في: ب "جعلها".

(٢) في: ز، ظ "أمر".

(٣) في: ز "الأصول".

(٤) في: ز "وهاهنا".

(٥) في: ز، ظ "ولا يجوز".

(٦) "الفروع" ليست في: ز.

(٧) في: ز "يصدق".

(٨) مكرر: قوله: "والواو"، وقوله: "وتثبت عدالتهم بالواو" ليست في أ.

[الباب السادس: الرجوع عن الشهادة]

(قال [الغزالي]: الباب السادس في الرجوع والنظر في العقوبة والبضع والمال، أما العقوبة: فالرجوع قبل القضاء، يمنع القضاء، ويجب حد القذف، إن شهدوا بالزنا، فإن قالوا: غلطنا ففي الحد وجهان، وإن لم يصرح بالرجوع، ولكن قال للقاضي توقف ثم عاد، وقال: أقض، ففي جواز القضاء به وجهان.

فإن جاز، ففي وجوب الإعادة وجهان، وإن رجع بعد القضاء، ففي الاستيفاء ثلاثة أوجه، وعلى الثالث يستوفي حقوق الآدميين، دون حدود الله تعالى. أما المال فيستوفى قطعاً، وإن رجع بعد استيفاء القتل، وجب عليه القصاص إن قال: تعمدت، ولو رجع، ولي القصاص، وهو الذي باشر، فعليه القصاص، والشاهد معه[1] كالممسك، أو كالشريك، فيه وجهان، والمزكي إذا رجع مع[2] الشاهد كالممسك، أو كالشريك؟ فيه[3] وجهان، وفي وجهٍ ثالث، لا يجب عليه قصاص أصلاً، بخلاف الشاهد[4]، وتجب الدية.

ولو قال بعضهم أخطأت فلا قصاص على العامد، لأنه شريك خاطئٍ[5].

ولو قال كل واحد، تعمدت، وأخطأ شريكي، ففي القصاص وجهان، ولو قال تعمدت، ولكن[6] ماعلمت أنه يقتل بقولي[7]، فلا قصاص على الأظهر.

ولو ضربه ضرباً يقتل المريض دون الصحيح، ولم يعلم أنه مريض، وجب القصاص على الأظهر).

---

(١) "معه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ "من".

(٣) "فيه" ليست في: ز.

(٤) "أصلاً بخلاف الشاهد" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: أ "الخاطئ".

(٦) في: أ، ب "لكن".

(٧) في: أ "يقبل قولي".

[فصل: في الرجوع قبل القضاء بالشهادة أو بعده]

[قال الرافعي]: رجوع الشهود عن[1] الشهادة إما أن يفرض قبل القضاء بشهادتهم أو بعده.

الحالة الأولى: إذا رجعوا قبل القضاء فيمتنع القضاء، لأنه لايدري أنهم صدقوا في الأول، أو في الآخر، فلا يبقى ظن الصدق. ثم إن اعترفوا بأنهم تعمدوا الكذب فهم فسقة يستبرأون[2]، وإن قالوا غلطنا لم يفسقوا[3] لكن لاتقبل تلك الشهادة لو أعادوها. وقد ذكرنا هذا من قبل، ولو كانوا قد شهدوا بالزنا فرجعوا واعترفوا بالتعمد فسقوا وحُدُّ واحد القذف.

وإن قالوا غلطنا ففي حد القذف وجهان:

أحدهما: المنع، لأن الغالط معذور.

وأظهرهما: الوجوب، لما فيه من التغيير، وكان من[4] حقهم التثبت والاحتياط، وعلى هذا فترد شهادتهم. وإن قلنا: لأحد فلا رد.

ولو قال الشهود للقاضي بعد الشهادة توقف في القضاء، وجب التوقف، فإن قالوا بعد ذلك أقض، فنحن على شهادتنا، ففي جواز القضاء بشهادتهم وجهان:

أحدهما: المنع لأن قولهم توقف يورث الريبة والتهمة في شهادتهم، ولأنه[5] طرأ على الشهادة مايمنع الحكم بها فأشبه مالو طرأ الفسق.

وأقربهما: وبه أجاب بعض أصحاب[6] الإمام الجواز، لأنه لم يتحقق رجوع، ولا بطلت أهليةً، وإن عرض شك فقد زال، وعلى هذا فهل يجب إعادة الشهادة[7]؟

---

(١) "عن" ليست في: أ.

(٢) في: ب، ز ، ط "يستبرون".

(٣) انظر بهامش العزيز ١٣/١٢٣.

(٤) "من" ليست في: أ.

(٥) "و" ليست في : أ، ب، ظ.

(٦) في: أ "الأصحاب".

(٧) في: ز "للشهادة".

فيه وجهان:

أحدهما: نعم لبطلان تلك الشهادة بما عرض من التوقف.

وأولاهما: لا، لأنها صدرت من أهل للشهادة جازم بها، والتوقف الطارئ قد زال فكأنه لم يكن.

الحالة الثانية: إذا رجعوا بعد القضاء فرجوعهم، إما أن يكون قبل الاستيفاء أو بعده، إن رجعوا قبل الاستيفاء نظر: إن كانت الشهادة في مال فيستوفى، لأن القضاء قد نفذ به،، وليس هو مما يسقط بالشبهة حتى يتأثر بالرجوع هذا هو المنصوص، والأصح[١].

وفيه وجه: أنه لايستوفى إذ الحكم لم يستقر بعد، والظن قد اختل بالرجوع، وعلى هذا فلو كانت الشهادة في القصاص أو حدّ القذف فعدم الاستيفاء أولى، لكونهما عقوبتان[٢] وتأثرهما بالشبهة. وعلى الأول: فيه[٣] وجهان:

أصحهما: المنع أيضاً لما ذكرنا. ووجه جواز الاستيفاء، أن حقوق الآدميين مبنية على الضيق. وإن كانت الشهادة في حدود الله تعالى، فأولى بأن لا تستوفى، وإن كانت الشهادة في شئ من العقود فتمضى على الأصح، كما أن الأموال تستوفى.

ومنهم من جعل النكاح كحد[٤] القذف والقصاص ويخرج من الخلاف المنقول في العقوبات بمطلقها ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب[٥].

ثالثها: الفرق بين عقوبات الآدميين، وبين حدود الله تعالى، وحيث قلنا: بالاستيفاء بعد الرجوع فاستوفى، فالحكم كما لو رجعوا بعد الاستيفاء، وإن رجعوا بعد الاستيفاء لم ينقض الحكم خلافاً لمالك رضي الله عنه[٦] فيما يحكى.

---

(١) انظر: المختصر ص ٣١٢، والحاوي ٢١/٢٧١، ٢٧٢.

(٢) في: ز "عقوبتين".

(٣) في: ز "ففيه".

(٤) في: أ "حد".

(٥) في: ب "أو بالقطع فقطعت به".

(٦) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٨.

[فصل: إذا كان الرجوع فيما يتعذر رده أو فيما لايتعذر رده]

ثم لايخلوا إما إن كانت[١] الشهادة فيما يتعذر رده وتداركه أو[٢] فيما لايتعذر.

القسم الأول: ما يتعذر تداركه وهو نوعان:

أحدهما: العقوبات، فإذا شهدوا بالقتل فاقتصَّ من المشهود عليه، ثم رجعوا وقالوا تعمدنا قتله فعليهم القصاص أو الدية المغلظة مورثة على عدد رؤوسهم على ماهو مذكور مع خلاف أبي حنيفة[٣] رحمه الله في الجنايات[٤]، وكذا الحكم لو شهدوا بالردة فقتل أو على المحصن بالزنا فرجم، أو على غير المحصن، فجلد ومات منه أو على إنسان بالسرقة فقطعت[٥] يده أو بالقذف، أو شرب الخمر[٦]، فجلد ومات منه ثم رجعوا، ويحدون في شهادة الزنا كحد[٧] القذف أو لا؟ ذكر أبو الحسن العبادي رحمه الله احتمالين في أنهم يرجمون أو يقتلون بالسيف، والأظهر[٨] الأول.

ثم الكلام في صور.إحداهما: لو رجع القاضي دون الشهود واعترف بالتعمد، فعليه القصاص، أو الدية المغلظة بكمالها، ولو رجع القاضي والشهود جميعاً فعليهم القصاص. وإن قالوا أخطأنا: أو عفى[٩] عنهم، فالدية منصفة نصفها على القاضي والنصف على الشهود، هكذا أورد المسألة صاحب "التهذيب"، رحمه الله وغيره، وقياسه أن لايجب كمال الدية عند رجوعه، وحده كما لو رجع بعض الشهود[١٠]. ولو رجع ولي الدم وحده فعليه القصاص، أو كمال الدية.

ولو رجع مع الشهود فوجهان:

---

(١) "كانت" هكذا في جميع النسخ، ولعل الأفضل "تكون" حتى يستقيم المعنى. والله أعلم.

(٢) "أو" ليست في: أ، ب.

(٣) انظر: فتح القدير ٥٤٧/٦.

(٤) انظر: الروضة ١٠/٧.

(٥) في: ب "أو بالقطع فقطعت به".

(٦) من قوله "فجلد ومات منه ... أو شرب الخمر" ليست في: ز.

(٧) في: ز "حد".

(٨) انظر: الروضة ٢٩٧/١١.

(٩) في: أ، ب "عني".

(١٠) انظر: هامش العزيز ١٢٥/١٣.

أحدهما: أن القصاص أو الدية بكمالها على الولي، لأنه المباشر وهم معه كالممسك مع القاتل، فلا قصاص ولا دية. وهذا أظهر عند الإمام.

والثاني: وهو الأصح عند صاحب "التهذيب" أنهم معه كالشريكين لتعاونهم على القتل، وليسوا كالممسك مع القاتل، فإنهم صوروه بصورة المحقين وعلى هذا فعليهم جميعا القصاص، أو الدية[1] منصفة نصفها على الولي والنصف على الشهود.

ولو[2] رجع القاضي معهم، فالدية مثلثة ثلثها على القاضي، وثلثها على الولي، وثلثها على الشهود. وينبغي أن لايجب على هذا الوجه كمال الدية على الولي، إذا رجع وحده.

الثانية[3]: رجوع[4] المزكي هل[5] يتعلق به ضمان وقصاص[6] فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأنه لم يتعرض للمشهود عليه، وإنما اثنى على الشاهد، والحكم إنما يقع بشهادة[7] الشاهد، فكان كالممسك مع القاتل.

والثاني نعم، لأن التزكية تلجيء القاضي إلى الحكم المفضي إلى القتل: والأول أصح عند صاحب "التهذيب" لكن الثاني أوفق لكلام أكثرهم، وهو الذي أورده أبوالحسن العبادي وفيه وجه ثالث: أنه يتعلق به الضمان دون القصاص، ثم عن[8] القفال رضي الله عنه: أن الخلاف فيما إذا قال المزكيان علمنا أن الشاهدين كانا كاذبين، أما إذا

---

(١) في: أ، ب "و".
(٢) في: ز "فلو".
(٣) في: أ "الثالثة".
(٤) انظر: الروضة ٢٩٨/١١ حيث قال: "لم يرجح الرافعي واحداً من الوجهين، بل حكى اختلاف الإمام البغوي في الصحيح، والأصح ما صححه الإمام ..." وانظر: هامش العزيز ١٢٥/١٣.
(٥) "هل" ليست في "و".
(٦) في: ز "قصاص وضمان".
(٧) في: أ "شهادة".
(٨) في: ز "فعن".

قالا: علمنا أنهما كانا فاسقين، فلا شيء عليهما، لأنهما قد يكونان صادقين مع الفسق، وطرد الإمام الخلاف في الحالتين[١].

الثالثة: ماذكرنا[٢] في وجوب القصاص على الشهود الراجعين، فيما إذا قالوا تعمدنا، أما إذا قالوا أخطأنا وكان القاتل أو الزاني غيره، فلا قصاص، وتجب الدية مخففة، لكن في مالهم، لأن إقرارهم لايلزم العاقلة. فإن صدقتهم[٣] العاقلة فهي عليهم.

قال الإمام رحمه الله وقد يرى القاضي[٤]. والحالة هذه تعزيرَ الشهودِ لتركهم التحفظ.

ولو قال أحد[٥] شاهدي القتل: تعمدت ولا أدري أن صاحبي تعمد أم لا؟ أو اقتصر على قوله: تعمدت. وقال صاحبه: أخطأت فلا قصاص على واحدٍ منهما. أما من قال أخطأت فظاهر، وأما الآخر، فإنه[٦] شريك مخطئ، وشريك المخطى لايقبل في الجرح، وقسط المخطيء من الدية، يكون مخففاً، وقسط المتعمد مغلظاً. ولو قال كل واحد منهما[٧] تعمدت وأخطأ صاحبي، ففي القصاص وجهان: أحدهما: يجب القصاص

---

(١) ورد بهامش العزيز ٢٦/١٣ "ما حكاه عن القفال: تبع فيه البغوي في "التهذيب"، لكن الذي في فتاوى القفال مانصه : إذا رجع المزكون دون الشهود نظر، فإن قالوا كانوا فسقة، ولكنا زكيناهم متعمدين، وكذبنا في التزكية، فلا شئ على المزكين بهذا القول، وإن قالوا: علمنا أنهم كاذبون، لأنهم قالوا: لسنا شهوداً ولكن نريد أن نشهد بالكذب، فلا شئ على المزكين أيضاً بالرجوع على ظاهر المذهب، ومن أصحابنا من قال: يجب الغرم بقسطه وإن قالوا: إنهم كانوا فاسقين، ولكنا تعمدنا ذلك ورجع الشهود، وقالوا: كذبنا في هذه الشهادة، فلا شئ على المزكين هاهنا. أما إن رجع الشهود وقال المزكون: نحن كذبنا في التعديل، فإنهم كانوا كذبة ونحن نعلم، فإن هاهنا رجع المزكين، وهنا يتصور رجوعه فعلى أحد الوجهين يجب على المزكين نصف الغرم، ثم إذا رجع المزكيان، والشاهدان فالغرم مناصفة، نصفه على المزكين، ونصفه على الشاهدين" انتهى ما قاله في الخادم.

(٢) في: ز "من".

(٣) في: أ، ب "صدقهم".

(٤) "وال" ليست في: ز.

(٥) في: أ، ب "إحدى".

(٦) في: ز "فهو".

(٧) "منهما" ليست في: ز.

لاعتراف كل واحد منهما بالعمدية وثبوتها باعترافه•وأصحهما: المنع، لأن كل واحد منهما لايقر[١] إلا بقتل صدر من شريكين، أحدهما مخطئ، وأنه لايوجب القصاص. ولا خلاف في أن الدية تجب عليهما مغلظةً.

ولو قال أحدهما تعمدت، وأخطأ صاحبي أو قال:لا أدري أن صاحبي تعمد أو أخطأ،وصاحبه غائب أو ميت، لايمكن مراجعته، فلا قصاص عليه. وإن قال: تعمدت، وتعمد صاحبي وصاحبه غائب أو ميت[٢] فعليه القصاص، وإن قال: تعمدت ولا أدرى حال صاحبي، وقال صاحبه مثل ذلك أو[٣] اقتصر على قوله "تعمدت" فالجواب في "التهذيب" وغيره وجوب القصاص عليهما.

ولو قال أحدهما: تعمدت أنا وصاحبي، وقال صاحبه أخطأت أو أخطأنا معاً فلا قصاص على الثاني.

وفي الأول وجهان:

أصحهما: الوجوب، لإقراره بتعمدهما جميعاً[٤].

ووجه الثاني: أن قول الثاني: في أنه[٥] مخطئ مقبول، فيكون الأول شريك المخطئ.

ولو قال أحدهما: تعمدت أنا وصاحبي، وقال صاحبه تعمدت وأخطأ هو يجب[٦] القصاص على الأول.

وفي الثاني وجهان:

---

(١) في: ز "لم".

(٢) في: ب "لايمكن مراجعته فلا قصاص عليه، وإن قال: تعمدت وتعمد صاحبي، وصاحبه غائب أو ميت" ليست في: أ، ز ، ط.

(٣) "أو" ليست في: أ.

(٤) "جميعاً" ليست في: ج.

(٥) "في أنه" ليست في: ز.

(٦) في: ب، ز "فيجب".

الأصح: المنع، لأنه لم يعترف إلا بقتل؛ شريكه فيه مخطيء[١].

ولو رجع أحد الشاهدين، وأصر الآخر، وقال الراجع: تعمدنا[٢] فعليه القصاص، وإن اقتصر على قوله: تعمدت. فلا.

الرابعة: ماذكرنا من وجوب القصاص على الشهود الراجعين. فيما إذا قالوا تعمدنا[٣] وعلمنا أنه يقتل بما شهدنا[٤] عليه، أما إذا قالوا تعمدنا، ولكن لم تعلم أنه يقتل، فإن كانوا ممن لايخفى عليهم ذلك، وجب القصاص، ولا اعتبار بما يقولون، كمن رمى سهماً إلى إنسان، واعترف بأنه قصده؛ لكن قال لم أعلم أنه يبلغه.

وإن كانوا ممن يجوز خفاؤه عليهم، لقرب عهدهم بالإسلام، فالمشهور: أنه شبه عمدٍ؛ لايوجب القصاص، ومال الإمام إلى وجوبه؛ أخذاً مما لو ضرب المريض ضرباً يقتل المريض دون الصحيح، وهو أنه لايعلم أنه مريض، فإنه يجب القصاص على الأظهر، كما هو مبين في الجنايات[٥] وذكر القاضي الروياني رحمه الله: نحو ذلك وقال: سمعته من بعض أصحابنا / في النظر؛ هذا حكم القصاص. ٥٤١/ز

وأما الدية فالذي أورده عامة الأصحاب أنها[٦] تجب مثلثة مؤجلة لكن في مالهم، إلا أن تصدقهم العاقلة فيكون عليهم.

وحكى الفوراني رحمه الله عن نص الشافعي رضي الله عنه: أنها تجب حالة. وأن صاحب "التقريب" حمل النص على ما إذا كان قد مضى من قبل القتل ثلاث سنين. وأن[٧] القفال رحمه الله قال: تجب حالة بكل حال لتعديهم وتعمدهم. والله أعلم.

---

(١) في: ز، "شريك هو فيه..".
(٢) في: ز "تعمدنا معاً".
(٣) في: أ، ب "قال تعمد".
(٤) في: ز "شهدوا".
(٥) انظر: الروضة ١٠/٥.
(٦) في: ز "أنه".
(٧) في: أ "فإن".

ولنعد إلى مايختص بلفظ الكتاب قوله: "والنظر في العقوبة والبضع والمال" يرجع في المعنى إلى التقسيم الذي قدمناه[١] وهو أن المشهود به إما أن يتعذر تداركه، أو لا يتعذر، والمتعذر: العقوبات والأبضاع، وغير المتعذر الأموال لكن قوله "فالرجوع قبل القضاء" إلى قوله "ففي وجوب الإعادة وجهان": لا اختصاص له بالعقوبة، بل هو شامل لكل مشهود به.

وقوله: وإن رجع بعد القضاء يعني في العقوبات، وذلك بين من تنصيصه على المال من بعد، حيث قال: "أما المال[٢] فيستوفى قطعا" فكان الأحسن أن لايدرج هذه المسائل في قسم العقوبات، بل يذكرها قبل الشروع في الأقسام ثم يخوض في الأقسام[٣]، ويورد في كل واحدة مايختص به وقوله "ثلاثة أوجه" يجوز إعلامه بالواو، لأن من الأصحاب من قطع بأن حدود الله تعالى لايجوز استيفاؤها بعد الرجوع.

وقوله: "فيستوفى قطعاً" كذلك لما سبق. وقوله: "وجب عليه القصاص" معلم بالحاء، وقوله: في المزكي[٤] "إنه كالممسك أو كالشريك؟ فيه وجهان"، الوجهان يشملان القصاص والدية، لأن الممسك ليس عليه قصاص، ولا ديه، والشريك يتعلق بفعله القصاص والدية. ثم ذكر الوجه الثالث الفارق بين القصاص والدية. وقوله: "ولو قال تعمدت ولكن ما علمت أنه يُقتل بقولي هذا" يدخل فيه ما إذا قال لم أعلم بأنه يقتل بما شهدت عليه بل ظننت أنه يحبس أو يؤخذ منه المال،وهي الصورة التي ذكرناها وفرقنا بين أن يكون قريب العهد بالإسلام أو بعيد[٥]. ويدخل فيه ما إذا قال لم أعلم أنه يقتل بقولي، لأني ظننتني[٦] أجرح بأسباب تقتضي الحرج، ويمكن أن يجعل هذا خطأ. وقوله:

---

(١) في: أ، ب "قدمنا". وانظر ص٦٧٦ وما بعدها.

(٢) "أما المال" ليست في: ز.

(٣) "ثم يخوض في الأقسام" ليست في: أ.

(٤) "في المزكي" ليست في: أ، ب.

(٥) انظر: ص٦٧٧.

(٦) "لأن ظني أجرح". وفي: ب "لأنني ظننتني".

"ولو ضربه ضرباً مؤلماً[١] يقتل المريض، دون الصحيح". هذه الصورة مكررة وغرض الاستشهاد على ماحكيناه عن الإمام رحمه الله دعا إلى إعادتها.

فرع: حكى القاضي ابن كج: أن أبا الحسين قال: لو رجع الشهود، وقالوا أخطأنا، وادّعوا: أن العاقلة تعرف أنهم أخطأوا، وعليهم الدية، فقالت[٢] العاقلة: لانعلم، ليس للمشهود تحليفهم، وإنما تطالب العاقلة، إذا قامت البينة، قال القاضي: ويحتمل أن يقال: لهم تحليفهم[٣]، لأنهم لو أقروا لغرموا. والله أعلم.

---

(١) "مؤلماً" ليست في: أ، ب.

(٢) في: أ، ب "وقالت".

(٣) في: ز "تحليفه".

[فصل في: النوع الثاني: مما يتعذر تداركه وهو البضع]

(قال [الغزالي]: الطرف الثاني: في البضع: فإذا رجعوا بعد الشهادة على الإطلاق وبعد القضاء، نفذ الطلاق وعليهم الغرم.

وكذا في العتق والرضاع المحرم).

[قال الرافعي]: النوع الثاني: مما يتعذر تداركه غير العقوبات[1] الإبضاع: فإذا شهد على طلاق بائن. كالطلاق بالعوض، والطلقة الثالثة، أو على رضاع مُحرم، أو لعان أو فسخٍ بعيب، أو غيرها من جهات الفراق، وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا لم يرد الفراق، لأن قولهما في الرجوع محتمل فلا يرد القضاء بقول محتمل، لكن يجب الغرم على الشاهدين، سواء كان قبل الدخول أو بعده، لأنهما فوتا عليه مايتقوم، فيغرمان، كما لو شهدا بعتق عبدٍ ثم رجعا، وقال أبوحنيفة[2] ومالك[3] وأحمد[4] رحمهم الله: لا غرم عليهما بعد الدخول، ثم الذي[5] يغرمان عندنا بعد الدخول، مهر المثل بتمامه، لأنه قيمة ما فوتاه، وفيه قول: أنهما يغرّمان المسمى، لأنه الذي فات على الزوج متقوماً والبضع ليس بمتقوم في الحقيقة، وأما قبل الدخول فرواية المزني[6] رحمه الله: أنهما يغرمان مهر المثل أيضاً[7] بتمامه، ويحكى مثله عن رواية حرملة رحمه الله. وروى الربيع رضي الله عنه: أنهما يغرمان نصف مهر المثل، ونص[8] فيما إذا أرضعت زوجته الكبيرة زوجته الصغيرة، وانفسخ النكاح أن الكبيرة تغرم نصف مهر المثل للصغيرة[9]. وللأصحاب رحمهم الله طرق في مسألة الشهود أيضاً.

---

(١) في: أ "فيه" وهو خطأ.
(٢) انظر: الهداية ١٣٤/٣.
(٣) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٩.
(٤) انظر: المقنع ص ٣٥١.
(٥) في: أ "الذين".
(٦) انظر: المختصر ص ٢١٣، وانظر: الروضة ٣٠٠/١١.
(٧) "أيضاً" ليست في: ز.
(٨) انظر: المختصر ص ٢٢٩.
(٩) في: ز "تغرم مهر مثل الصغيرة".

أظهرها[١]: إثبات قولين إما أخذاً برواية راويي المذهب، الربيع والمزني رضي الله عنهما. وإما تصرفاً من نصه ههنا، ونصه في الرضاع بالتخريج[٢]، وإليه ذهب الإصطخري رحمة الله عليه.

أحدهما: وهو اختيار المزني رحمه الله: أن الشاهدين لا يغرمان إلا النصف[٣]، لأنه الذي فات على الزوج، والنصف الثاني عاد إليه تسليماً، فصار كما لو شهدا على المشتري بالإقالة، وقضى القاضي ثم رجعا لايغرمان شيئاً، لأنهما وإن فوتا عليه السلعة، رد إليه الثمن.

وأصحهما: أنهما يغرمان جميعه[٤]، لأنه بدل ما أتلفوه، والنظر في الإتلاف إلى المتلف لا إلى ماقام به على المستحق، ولهذا لو أبرأته عن الصداق وشهد الشاهدان بالطلاق ورجعا يغرمان، وإن لم يفت على الزوج شئ.

وأصحاب هذا الطريق افترقوا فمن مثبت للقولين في صورة الرضاع أيضاً[٥] مخرج لأحدهما من ههنا، ومن قاطع بوجوب النصف هناك.

والفرق أن الرضاع يقطع النكاح حقيقة كالطلاق، ولا يفوت عليه من المهر إلا النصف فلا يغرم له إلا النصف.

وههنا اعترف الشاهدان بالكذب، ولا فراق في الحقيقة كما يزعمان لكن حالا بينه وبين حقه فيغرمان تمام القيمة كالغاصب يحول بين المالك ومِلكِهِ.

والطريق الثاني: القطع بأن الشاهدين يغرمان مهر المثل.

والثالث: القطع: بأنهما يغرمان النصف. وجعل رواية المزني غلطاً حكاه الشيخ أبوعلي.

---

(١) في: أ "أظهرهما".

(٢) في: ب "بالتحريم".

(٣) مكرر: انظر: المختصر ص ٣١٢، والحاوي ٢٧٩/٢١.

(٤) انظر: الحاوي ٢٧٩/٢١، والمهذب ٤٣٦/٢، والروضة ٣٠٠/١١، ومغني المحتاج ٤٥٨/٤.

(٥) في: ز "يقطع النكاح".

والطريق[١] الرابع: إن كان الزوج قد سلّم إليها[٢] الصداق فيغرم الشاهدان جميع مهر المثل، لأنه لايتمكن من استرداد شيء لزعمه أنها زوجته، وأنها تستحق جميع الصداق، وعليه يحمل منقول المزني رحمه الله.

وإن كان قبل التسليم، فلا يغرمان إلا النصف، لأنها لا تطالبه إلا بالنصف، وعلى هذا يحمل منقول الربيع رحمه الله.

وحُكي في المسألة: على طريقه[٣] إثبات الخلاف قولان آخران أحدهما: عن القديم وبه قال أبوحنيفة رضي الله عنه: أنهما يغرمان نصف المسمى[٤]، لأنه الفائت على الزوج، لامهر المثل، ولا نصفه.

والثاني: يغرمان جميع المسمى، لأنه قد بُذل، والتشطير[٥] أمر يختص بالزوجين فتحصل[٦] في المسألة أربعة أقوال، كما هي مذكورة في الكتاب في باب "الرضاع" في مسألة إرضاع الكبيرة الصغيرة[٧].

ولو كان النكاح قد جرى على صورة التفويض، وشهدا بالطلاق قبل الدخول والفرض، وقضي القاضي بالطلاق والمتعة، ثم رجعا فالخلاف في أن الشاهدين يغرمان مهر المثل أو نصفه كما في [غير صورة التفويض.

وعلى ماحكوا عن القديم، أنهما يغرمان المتعة التي غرمها الزوج، وهو مذهب أبي حنيفة[٨] رحمه الله، وبه أجاب ابن الحداد رحمه الله.

قال الأصحاب:وهو خطأ، إلّا أن يريد التخريج على القديم، هذا كله فيما إذا

---

(١) "الطريق" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ "إليه".

(٣) في: أ "طريق".

(٤) انظر: الهداية ١٣٤/٣.

(٥) في: أ، ب، ظ "التشطر".

(٦) في: أ، ب "فيجعل".

(٧) "في مسألة إرضاع الكبيرة الصغيرة". ليست في: أ، ب، ظ. وانظر: الوجيز ١٠٧/٢.

(٨) انظر: الهداية ١٣٤/٣.

شهدا][1] على الطلاق البائن.

أما إذا شهدا على طلاق رجعي، ثم رجعا نظر: إن كان[2] راجعها فلا غرم إذا لم يفت عليه بشهادتهما شيء وإن لم يراجعها حتى انقضت العدة التحق بالطلاق البائن ووجب الفهم، هكذا ذكر[3] صاحب "التهذيب".

وحكى أبوالفرج[4] السرخسي عن القاضي الحسين وجهاً: أنه لاغرم إذا لم يراجع لتقصير[5] التدارك، فأطلق القاضي ابن كج وجهين، في أن الشهادة على الطلاق الرجعي والرجوع عنها هل تقتضي غرماً؟ ومال إلى المنع، وحكاه عن ابن أبي هريرة.

الفرع الأول: شهدا بالطلاق وقضى القاضي ثم رجعا ونحو ذلك.

[فصل وفيه]

فرعان: أحدهما: شهدا بالطلاق، وقضى القاضي ثم رجعا، وقامت بينة على أنه كان بينه وبينها رضاع محرم أو شهدا بأنه[6] طلقها اليوم فرجعا، وقامت بينة على أنه طلقها ثلاثاً أمس، فلا شيء على الراجعين، لأنا بينا أن شهادتهما[7] لم تفوت عليه شيئاً.

ولو غرما قبل تمام[8] البينة استرد المغروم.

[الفرع] الثاني: شهدا على امرأة أنها زوجة فلانٍ بألف وقضى القاضي بشهادتهما، ثم رجعا فالجواب في "التهذيب" أنه لاغرم عليهما.

وحكى ابن الصباغ رحمه الله: أنه[9] إن كان بعد الدخول غرما مانقص عن مهر

---

(١) قوله "غير صورة التفويض ... فيما إذا شهدا على" ليست في: ز.
(٢) "كان" ليست في: أ.
(٣) في: ز "ذكر".
(٤) في: ز "وأبوالفرج السرخسي وحكى أبوالفرج".
(٥) في: أ "لتقصير".
(٦) في: ز "إن شهدا". وفي ب: "شهد له".
(٧) في: أ "شهادتها".
(٨) في: ز "قيام".
(٩) "أنه" ليست في: أ.

المثل، إذا كان الألف دونه. قال: وعلى هذا لو كان قبل الدخول، ثم دخل بها ينبغي أن يغرما ما نقص[١]، وهذا ما أورده[٢] القاضي ابن كج[٣] رحمه الله.

ولو شهدا على أنه طلقها على ألف، ومهرها ألفان، فعن ابن الحداد رحمه الله وهو الذي ذكره في "التهذيب"[٤] عليهما ألف، وقد وصل إليه من المرأة ألف. وفي كتاب القاضي ابن كج رحمه الله: أن عليهما مهر المثل بعد الدخول، ونصفه قبل الدخول، كما لو لم يذكروا عوضاً. والألف إن قبضه محفوظ عنده للمرأة، لأنه لا يدعيه، وإن لم يقبضه فيقر عند المرأة إلى أن يدعيه.

[فصل في النوع الثاني: وهو العتق]

ومن النوع الثاني: العتق: فإذا شهدا على عتق عبد وقضى القاضي ثم رجعا غُرما قيمة العبد، و لم يرد العتق، ولا فرق بين أن يكون المشهود بعتقه قناً أو مديراً أو مكاتباً أو أم ولد أو معلق العتق بصفة[٥] خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله في أم الولد، حيث قال: لا غرم[٦].

ولو شهدا على تدبير عبدٍ[٧] أو استيلاد جارية ثم رجعا بعد القضاء لم يغرما في الحال، لأن الملك لم يزل فإذا مات غرما بالرجوع السابق، قال في "التهذيب"[٨]؛ وهكذا لو شهدا على تعليق العتق أو الطلاق بصفةٍ[٩] ثم رجعا.

---

(١) "عن مهر المثل إذا كان الألف دونه. قال: وعلى هذا لو كان قبل الدخول" هذا الكلام مكرر في ز.

(٢) في: أ، ب، ظ "أطلقه".

(٣) انظر: بهامش العزيز ١٣/١٣١ و ١٣٢، الروضة ١١/٣٠١.

(٤) انظر: التهذيب ٨/٣٠٠.

(٥) ورد بهامش العزيز ١٣/١٣٢ "قال في الخادم: محل الغرم إذا خلا العتق عن العوض، فإن شهدوا بأنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة وقيمته مائة، فلا رجوع بشيء، وإن كانت قيمته مائتين. فقال ابن الحداد والبغوي: يرجع عليهم بمائة تمام قيمته وهو ما أورده المصنف بعد ذلك".

(٦) انظر: الهداية ٣/١٣٤، وفتح القدير ٦/٥٤٦.

(٧) "عبد" ليست في: ب، ظ.

(٨) في: ز "صاحب التهذيب".

(٩) "الطلاق" ليست في: ز. و"بصفة" ليست في : ب، ظ.

وفيهما وجه: أنه لاغرم، لأنهما لم يشهدا بما يزيل الملك.

ولو شهدا بكتابة عبدٍ، ورجعاً[1] وأدى العبد النجوم، وعتق ظاهراً ففيما يغرمان؟ وجهان:

أحدهما: مابين قيمته، وبين النجوم.

والثاني جميع القيمة، لأن المؤدى من كسبه، وكسبه للسيد، ولو شهدا أنه أعتقه على مال هو دون القيمة، فقد سوى بينه وبين ما إذا شهدا على أنه طلقها على ألفٍ، ومهر مثلها ألفان، ويمكن[2] أن يفرق لأن العبد يؤدي من كسبه، وأنه للسيد[3] والزوجة بخلافه.

ومنه إذا شهدا على أنه وقف على مسجد أو جهة عامة، ورجعا بعد القضاء غرما قيمته، ولم يُرد الوقف.

وكذا لو شهدا على أنه جعل هذه الشاة ضحية.

ويمكن أن يعلم قوله في الكتاب "وعليهم الغرم" بالحاء والميم، والألف، لأنه أَطْلَقَ، وهم لايوجبون الغرم، إذا كان بعد الدخول على ماتبين. وا لله أعلم.

[فصل: فيما لو شهد على المال رجل وامرأتان أو عشرة ونحو ذلك]

(قال [الغزالي]: ولو شهد على المال رجل وامرأتان، أو عشر فنصف الغرم على الرجل ونصفه على جميع النساء[4].

ولو شهد على رضاع محرم، رجل وعشر نسوة، ورجعوا فعلى الرجل سدس، وعلى كل امرأة نصف سدس، وتنزل كل امرأتين منزلة رجل، لأن هذا يثبت بشهادة النسوة، فلا يتوقف شطره على الرجل.

---

(١) في: ب، ظ "ثم رجعا".

(٢) "و" ليست في: أ.

(٣) في: أ "أن السيد" وفي: ب "للسيد".

(٤) في: ز "على النساء جميع" وهو خطأ.

ولو رجعوا إلا أربع نسوة، فالصحيح أن لا غرم، لقيام مايستقل بكونه حجة، وقيل: يجب حصتهم.

ولو رجعوا إلا ثلاث نسوة، ففي وجه، يجب حصتهم، وعلى الصحيح تجب على جميع الراجعين ربع الغرم، إذ لم يبطل إلا ربع الحجة)

[قال الرافعي]: هذا الفصل والذي بعده لا اختصاص له بهذا الطرف.

ولو ذكر حكم الغرم في الأطراف الثلاثة جميعاً[1] ثم أتى بهذا الفصل، والذي بعده كان أحسن في النظم.

والفقه: أن الرَجوع المغرِّم، إما أن يفرض والمحكوم بشهادتهم على الحد المعتبر في الباب، أو يفرض وهم أكثر عدداً منه.

فإن كانوا على الحد المعتبر، كما لو حكم في العتق أو[2] القتل بشهادة رجلين ثم رجعا فعليهما الغرم بالسوية، وإن رجع أحدهما فعليه النصف.

وكذا لو رُجِمَ في الزنا بشهادة أربعة فإن. رجعوا جميعاً فعليهم الدية أرباعاً، وإن رجع بعضهم فعليه حصته[3] منها، وإن زادوا على الحد المعتبر، كما لو شهد بالعتق، أو القتل ثلاثة أو بالزنا خمسة، فإن رجع الكل فالغرم موزع عليهم بالسوية، وإن رجع البعض، فإما أن يثبت العدد المعتبر على الشهادة أو لايثبت إلا بعضهم.

الحالة الأولى: إذا ثبت العدد المعتبر كما لو رجع من الثلاثة في العتق، أو من[4] الخمسة في الزنا واحد فوجهان.

ويقال قولان:

أصحهما: وبه قال: أبوحنيفة[5] وابن سريج والإصطخري وابن الحداد

---

(١) في: أ "جميعها".

(٢) "أو" ليست في: أ.

(٣) في: أ، ب "حصة".

(٤) في: أ، ب "في".

(٥) انظر: الهداية ١٣٣/٣.

رحمهم الله: أنه لا غرم على الراجع، لأنه يبقى[١] من تقوم به[٢] الحجة. ولو لم يشهد في الابتداء سوى من بقي، لاكتفينا بشهادته، وكأن[٣] الراجع لم يشهد.

والثاني: وهو اختيار المزني وأبي إسحق[٤] رحمهما الله تعالى: أن على الراجع حصته من الغرم إذا وزع عليهم جميعاً، لأن الحكم وقع بشهادة الجميع وكل منهم قد فوت قسطاً فيغرم مافوت. قال في "التهذيب" لاخلاف أن القصاص لايجب، والحالة هذه، لكن قال الشيخ أبومحمد رحمه الله: في "الفروق"[٥] حكى لي من أعتمده عن الشيخ القفال رحمه الله أنه إذا رجع واحد من شهود القتل، وقال تعمدنا جميعاً فعليه القصاص[٦].

وإن ثبت من تقوم به الحجة، لأن الراجع قد[٧] اعترف على نفسه بالقتل، والمال، إنما يلزم الرجع لكون[٨] شهادته تقوياً وإذا ثبت من تكفى شهادته[٩] للحكم لم يتحقق التفويت في شهادته.

الحالة الثانية: إذا لم يثبت في العدد المعتبر إلا بعضهم، كما إذا رجع من الثلاثة، أو الخمسة، اثنان فعلى الوجهين في الحالة الأولى.

إن قلنا: لاغرم على الراجعين هناك فيوزع الغرم، ههنا على العدد المعتبر، وحصة من نقص عن العدد المعتبر يوزع على من رجع بالسوية، ففي صورة[١٠] الثلاثة يكون

---

(١) في: ز، ظ "بقي".
(٢) انظر: الوجيز ٢٥٨/٢، والحاوي ٢٧٧/٢١، والمهذب ٤٣٥/٢، والروضة ٣٠٤/١١.
(٣) في: ز ، ظ "فكأن".
(٤) المختصر ص ٣١٢، وانظر: الحاوي ٢٧٨/٢١.
(٥) هو كتاب في الفقه الشافعي، في مجلد لمؤلفه أبي محمد بن عبد الله الجويني، ت (٤٣٨هـ). انظر: كشف الظنون ١٢٥٨/٢.
(٦) انظر: العزيز ١٣٤/١٣ بهامش ٣.
(٧) "قد" ليست في: أ، ب، ظ.
(٨) في: أ، ب، ظ "لكن".
(٩) في: ب "يكتفي بشهادته".
(١٠) في: ز "الصورة".

نصف[١] الغرم على الراجعين لبقاء نصف الحجة، وفي صورة الخمسة عليهما ربع الغرم، لبقاء ثلاثة أرباع الحجة، وإن أوجبنا الغرم على من رجع هناك، فعلى الراجعين من الثلاثة ثلثا الغرم، ومن الخمسة خمساه ورجح صاحب "التهذيب" وغيره من هذين الوجهين: وجوب النصف على الراجعين من الثلاثة وفاءً برجحان الأصل المبني عليه، وهو أنه لاغرم هناك.

وفي "الشامل" أن الأصح وجوب الثلثين عليهما، لأن البينة إذا نقص عددها زال حكمها وصار الضمان متعلقاً بالإتلاف، وقد استووا[٢] فيه.

وهذا كله فيما إذا كان جميع الشهود ذكوراً وإناثاً كما في الرضاع، وما يثبت بشهادة النساء المتمحّضات[٣].

أما إذا انقسموا إلى الذكور والإناث، فإن لم يزيدوا على أقل مايكفي، كرجل وامرأتين في الرضاع، أو في الأموال، فنصف الغرم على الرجل عند الرجوع، وعلى كل واحدة[٤] منهما أربعة[٥]، وإن زادوا على الأقل، فالمشهود به إما أن يثبت بشهادة النساء وحدهن، أو لايثبت.

[فصل: فيما يثبت بشهادة النساء وحدهن أو لايثبت]

القسم الأول: مايثبت بشهادة النساء وحدهن كالرضاع، وهو مؤخر في نظم الكتاب، فإذا شهد أربع نسوة مع رجل، ورجعوا جميعاً فعلى الرجل ثلث الغرم وعليهن ثلثاً.

وإن رجع الرجل وحده فلا شئ عليه[٦] على أصح الوجهين لبقاء الحجة، وكذا

---

(١) "نصف" ليست في: ز.

(٢) في: ب "يكتفي بشهادته".

(٣) في: ظ "أو مايثبت بشهادة النساء المتحصنات". و"المتمحضّات" قال في المصباح ٥٦٥/٢ "المحض الخالص الذي لم يخالطه غيره" والمقصود به هنا. أي مايثبت بالنسوة غير منفردات".

(٤) "كل" ليست في: أ.

(٥) في: ب "الربع".

(٦) "عليه" ليست في: أ، ب، ظ.

لو رجعت[١] امرأتان.

وعلى الثاني: عليه أو عليهما ثلث الغرم، ولو شهد رجل وعشر نسوةٍ، ورجعوا فعليه سدس الغرم، وعلى كل واحدة[٢] نصف سدسه، وإن رجع الرجل وحده أو مع واحدة أو اثنتين أو ثلاث أو أربع أو خمس أو ست، فلا غرم على الأصح لبقاء الحجة[٣].

وعلى الثاني يجب على من رجع حصته وإن رجع مع سبع فعلى أظهر الوجهين السابقين عليهم ربع الغرم لبطلان ربع الحجة، وإن رجع مع ثمان فنصفه لبطلان نصف الحجة، وإن رجع مع تسعْ فثلاثة أرباع[٤]، ويكون[٥] ما على الذكر مثل ما على الأنثيين[٦]، وعلى الوجه الثاني: عليهم ماهو حصتهم، لو رجعوا جميعاً.

ولو رجع النساء وحدهن فعليهن نصف الغرم، في أظهر الوجهين، وخمسة أسداسه في الثاني.

والقسم الثاني: مالا يثبت بشهادة النساء المتمحضات كالأموال، فإذا أوجبنا الغرم فيها[٧] بالرجوع، فشهد رجل وأربع نسوة ورجعوا فوجهان.

أحدهما: أن على الرجل ثلث الغرم وعليهن ثلثا[٨] كما في الرضاع.

والثاني: أن نصف الغرم عليه ونصفه عليهن بخلاف الرضاع، لأن المال لايثبت بشهادة النساء وإن كثرت فنصف الحجة تقوم بالرجل معهن كم كن.

ويحكي الوجه الأول.

---

(١) "رجعت" هكذا في جميع النسخ.

(٢) في: ز "واحد".

(٣) انظر: الروضة ٣٠٤/١١، ومغني المحتاج ٤٥٩/٤.

(٤) في: ب "فعليه ثلاثة" وفي: ز "رجع تسع فثلاثة أرباعه".

(٥) في: ب "فيكون".

(٦) في: ز "مثلي ما على الأنثى".

(٧) في: ز "فيهما".

(٨) في: ز "ثلثيه".

عن أبي حنيفة[١] ومالك[٢] وأبي إسحق وابن القاص[٣] وبه أجاب كثير من العراقيين رحمهم الله أجمعين.

لكن الثاني: أقوى[٤] من جهة المعنى، ويروي عن ابن سريح واختيار القفال والشيخ أبي علي والإمام وصاحب التهذيب رحمهم الله، وهو المذكور في الكتاب.

وإذا قلنا: به، فلو رجع النساء فعليهن نصف الغرم، ولو رجعت امرأتان فلا شئ عليهما لبقاء الحجة على الأصح، وعلى[٥] ماحكيناه عن اختيار المزني[٦]، وأبي إسحاق.

ولو شهد رجل وعشر نسوة، ورجعوا فعلى الرجل نصف الغرم، وعلى النسوة النصف، إذا قلنا بالأصح، وعلى الوجه الآخر[٧]، على الرجل سدسُ الغرم، والباقي[٨] عليهن.

ولو رجع الرجل دونهن، فعلى الرجل النصف على الأصح[٩]، وعلى الآخر عليه السدس.

ولو رجع النساء دونه، فعليهن نصف الغرم على الأصح[١٠]، وعلى الوجه الآخر، خمسة أسداسه، وإذا علقنا نصف الغرم برجوع الرجل، فلو رجع معه ثمانُ نسوة، فعليه النصف، ولا شئ عليهن بناءً على أنه لايثبت بشهادتهن إلا نصف الحق، وقد بقي من[١١]

---

(١) انظر: الهداية ١٣٣/٣، وفتح القدير ٥٤٢/٦ ولكن أبا يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان بالقول الثاني.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٧٠، ومواهب الجليل ٢٠٦/٦ مع التاج والإكليل.

(٣) في: ز "وابن القطان" وهو خطأ.

(٤) انظر: الحاوي ٢٨٩/٢١، والمهذب ٤٣٧/٢، والوجيز ٢٥٩/٢، والروضة ٣٠٥/١١، ومغني المحتاج ٤٥٩/٤. والمذهب الأول.

(٥) "و" ليست في: ب، ظ.

(٦) انظر: المختصر، ص ٣١٢.

(٧) من قوله: "على ماحكينا ... على الوجه الآخر" ليست في: ظ.

(٨) في: أ "والثاني".

(٩) انظر: الروضة ٣٠٥/١١، ومغني المحتاج ٤٥٩/٤.

(١٠) "على الأصح" ليست في: أ، ب، ظ.

(١١) "من" ليست في: أ، ب، ظ.

النساء مايتم(١) به الحق، وعلى ما اختاره المزني(٢) عليهن أربعة أخماس النصف، كما لو رجعوا جميعاً.

ولو رجع مع تسع نسوة، فعليه النصف، وعليهن /الربع، لبقاء الحجة، وعلى ما اختاره(٣) عليهن تسعة أعشار النصف، وإن رجع ثمان نسوة لاغير، فلا شيء عليهن لبقاء نصف الحجة الذي يتعلق بهن، وعلى ما اختاراه(٤) عليهن أربعة أخماس النصف. ٥٤٤/ز

وقوله في الكتاب: "ولو شهد على المال رجل ومرأتان، أو عشر نسوة".

إنما قال: "امرأتان" أو عشر نسوة إشارة إلى أنه: لافرق على وجه التنصيف بين أن يقل عدد النساء، أو يكثر.

ويجوز أن يعلم بالواو، للوجه الآخر المذكور في صورة العشر، و(٥)أما في صورة الرجل والمرأتين، فلا(٦) يختلف تفريع الوجهين.

[فصل: في وجوب الغرم على شهود الإحصان].

(قال [الغزالي]: وفي وجوب الغرم على شهود الإحصان مع شهود الزنا ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لايجب شئ. والثاني: أنه يجب الشطر عليهم. والثالث: أنه يجب الثلث عليهم إذ أقل شهادة الإحصان اثنان، وأقل(٧) شهادة الزنا أربعة، فلو رجع(٨) واحدٌ من شهود الزنا، أو(٩) الإحصان، اجتمع من الأصول أقوال: لاتخفى، والقولان

---

(١) في: أ "من يتم".

(٢) في: ز "المزني وأبواسحاق".

(٣) في: أ، ب، ظ "اختاره".

(٤) في: أ، ب، ظ "اختاره".

(٥) "و" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: أ، ب، ظ "لا".

(٧) في: أ "أو أقل".

(٨) في: ز "شهد".

(٩) في: أ، ب "و".

جاريان في أن شهود التعليق في الطلاق، هل يغرم معهم شهود الصفة، أو ينفرد شهود التعليق بالغرم).

[قال الرافعي]: هل يتعلق الغرم برجوع[١] شهود الإحصان[٢]؟ فيه وجهان، في رواية جماعة منهم المحاملي، وصاحب "التهذيب".

وقولان: في رواية آخرين: منهم الإمام، وصاحب الكتاب، والقاضي الروياني:

أحدهما:

نعم[٣]: لأن الرجم يتوقف على ثبوت الزنا، والإحصان جميعاً. وعلى هذا فلو قالوا: تعمدنا جميعاً لزمهم القصاص كشهود الزنا.

والثاني: وبه قال أبوحنيفة[٤] لا، لأنهم لم يشهدوا[٥] بما يوجب عقوبة[٦] عليه، وإنما وصفوه بصفة كمال، والخلاف جارٍ في أن شهود الصفة مع شهود تعليق الطلاق أو[٧] العتاق، هل يغرمون إذا رجعوا أم يختص الغرم بشهود التعليق؟

والصحيح على ماذكر[٨] صاحب "التهذيب" أن رجوع شهود الإحصان، وشهود[٩] التعليق لايقتضي غرماً.

---

(١) "برجوع" ليست في: ظ.

(٢) في: أ "الأصل".

(٣) لأنه رُجم بما شهدوا به من الإحصان. وهو المذهب. انظر: الحاوي ٢٧٨/٢١، والروضة ٣٠٥/١١، ومغني المحتاج ٤٦٠/٤.

(٤) انظر: الهداية ١٣٥/٣، وفتح القدير ٥٥١/٦.

(٥) وهناك وجهٌ ثالث: وهو أنهم إن شهدوا بالإحصان قبل ثبوت الزنا، لم يضمنوا، لأنهم لم يثبتوا إلا صفة، وإن شهدوا بعد ثبوت الزنا ضمنوا، لأن الرجم لم يستوفِ إلا بهم.
انظر: المهذب ٤٣٥/٢، والروضة ٣٠٥/١١، ومغني المحتاج ٤٦٠/٤.

(٦) في: ب "عليه عقوبة".

(٧) في: أ "و".

(٨) في: ز "ذكره".

(٩) في: أ، ب "شهود الصفة".

وعن بعض الأصحاب: أنه يفرق في شهود الإحصان[١] بين أن تتقدم شهادتهم على شهادة الزنا فلا غرم، إذا رجعوا وبين أن تتأخر فيغرمون لترتب الرجم على شهادتهم، وإذا قلنا يتعلق الغرم برجوعهم فكيف يوزع عليهم، وعلى شهود الزنا؟ فيه[٢] وجهان:

أصحهما: أنه[٣] يعتبر نصاب الشهادتين فيكون ثلثا الغرم على شهود الزنا، وثلثه على شهود الإحصان.

والثاني: أن نصفه على شهود الزنا ونصفه على شهود الاحصان، لأنهما صفتان مختلفتان فأشبه ما إذا رجع القاضي والشهود تكون نصف الدية عليه، ونصفها عليهم، ولا يجئ في شهود الصفة إذا علقنا الغرم برجوعهم إلا النصف[٤].

إذا عرف ذلك، فلو شهد أربعة بالزنا واثنان سواهم بالإحصان ورجعوا جميعاً بعدما رجم، فالضمان على شهود الزنا إن لم يغرم شهود الإحصان، وعلى الصنفين جميعاً إن غرمناهم بالسوية إن نصفنا وأثلاثا إن ثلثنا، وإن رجع واحد من شهود الزنا وواحد من شاهدي الإحصان، فإن لم يغرم شهود الإحصان فعلى الراجع من شهود الزنا ربع الغرم، وإن غرمناهم، فإن نصفنا فعلى الراجع من شهود الزنا ربع الغرم، وإن غرمناهم فإن نصفنا فعلى الراجع من شهود الزنا، ثمن الغرم وعلى الآخر، ربعه، وإن ثلثنا فعلى كل واحد منهما سدسه، وإن رجع واحد من أحد الصنفين لاغير[٥]، ففيما عليه هذا الخلاف.

ولو شهد أربعة بالزنا والإحصان جميعاً، ثم رجع أحدهم، فإن لم يغرم شهود الإحصان فعليه ربع الغرم، وإن غرمناهم فقد بقي ههنا من تقوم به حجة الإحصان، فإن

---

(١) "وشهود التعليق ... شهود الإحصان" ليست في: ظ.

(٢) "فيه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) انظر: المهذب ٢/٤٣٦، والروضة ١١/٣٠٦، ومغني المحتاج ٤/٤٦٠.

(٤) في: أ "التصنيف" وهو خطأ.

(٥) في: ز "لا علته" غير واضحة.

غرمنا الراجع مع ثبات من تقوم به الحجة، فعليه الربع أيضاً، كما لو رجعوا جميعاً، وإن لم يغرم فلا ضمان بسبب الإحصان.

وأما بسبب الزنا، فإن نصفنا فعليه ثمن الغرم،وإن ثلثنا فسدسه، فإن رجع ثلاثة، وثبت واحد فقد بطل ثلاثة أرباع حجة الزنا ونصف حجة الاحصان.

فإن لم يغرم شهود الإحصان فعليهم ثلاثة أرباع الغرم، وإن غرمناهم فعلى كل واحد، إن نصفنا للرجوع عن شهادة الزنا، ثمن الغرم وللرجوع ثمن شهادة الاحصان. نصف سدسه بتوزيع نصف غرم الإحصان عليهم، فإن ثلثنا فعلى كل واحد الرجوع عن شهادة الزنا سدس الغرم توزيعاً للثلثين على الأربعة، وللرجوع عن شهادة الإحصان ثلث سدسه توزيعاً لنصف غرم الإحصان على الراجعين.

ولو شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالإحصان ورجعوا بعدما رجم، فإن لم يغرم شهود الإحصان في المسائل السابقة، فكذا ههنا ولا أثر لشهادة الإحصان.

وإن غرمناهم فهل يغرم شاهد الإحصان ههنا زيادة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم كما في الصورة السابقة.

والثاني: لا، لأن الشهادة والرجوع كجناية [على المشهود عليه فهو كأربعة نفر جنوا على إنسان، منهم من جنى جناية واحدة، ومنهم من جنى][1] جنايتين يستوون في الدية، فإن[2] قلنا بالأول عاد الخلاف إن نصفنا على اللذين شهدا بالإحصان ثلاثة أرباع الغرم النصف لشهادة الإحصان والربع لشهادة الزنا وعلى الآخرين الربع. وإن ثلثنا فعلى اللذين شهدا بالإحصان الثلث لشهادة الاحصان والثلث لشهادة الزنا، وعلى الآخرين الثلث، وإن رجع واحد منهم، فإن لم يغرم شهود الإحصان فعليه ربع الغرم.

وإن غرمناهم فإن كان الراجع من الذين شهدا بالإحصان فإن نصفنا فعليه ثلاثة أثمان الغرم، ثمن لشهادة الزنا، والباقي لشهادة الإحصان/. ٥٤٥/ز

---

(١) من قوله "كجناية على المشهود عليه ... ومنهم من جنى جنايتين" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ، ب، ظ "وإن".

وإن ثلثنا فعليه ثلث الغرم، سدس لهذه وسدس لهذه وإن كان الراجع من الآخرين، فإن نصفناه فعليه ثمن الغرم وإن ثلثنا فالسدس ولو شهد ثمانية بالزنا والإحصان، ثم رجع أحدهم فلا غرم على الأصح، لبقاء الحجتين، وكذا لو رجع ثان وثالث ورابع، فإن رجع خامس فقد بطلت حجة الزنا، و لم تبطل حجة الإحصان، فإن لم يغرم شهود الاحسان فعلى الخمسة ربع الغرم لبطلان ربع الحجة، وإن غرمناهم فلا غرم ههنا لشهادة الإحصان على الأصح لبقاء حجته[1] ويغرم الراجعون ربع غرم الزنا، وهو[2] السدس أن ثلثنا والثمن إن نصفنا، وإن رجع ستة فعليهم نصف غرم الزنا، وهو الثلث، إن ثلثنا والربع إن نصفنا وإن رجع سبعة، فقد بطلت الحجتان، ولا يخفى قياسه مما ذكرنا، وقوله في الكتاب: "اجتمع من الأصول أقوال لاتخفى أحد الأصول المشار إليها، أن شهود الإحصان، هل يغرَّمون؟ والثاني: أنهم إن غرموا، كم يغرمون؟ والثالث: أنه إذا رجع بعض الشهود، وبقي من تقوم به الحجة، هل يغرَّم من رجع؟ وقد عرفت هذه الأصول والأقوال الحاصِلة منها. وا لله أعلم.

[فصل: في الطرف الثالث: وهو الرجوع في الأموال].

(قال [الغزالي]: الطرف الثالث: الرجوع في عين مالٍ يتوقع رجوعه بإقرار الخصم، هل يوجب الغرم، في الحال للحيلولة؟ فيه قولان).

[قال الرافعي]: تقدم أن المشهود به، إما أن يتعذر تداركه، أو لايتعذر.

وقد فرغنا من القول فيما يتعذر تداركه[3].

والقسم الثاني: مالا يتعذر، وهي الأموال: أعيانها، وديونها، فإذا شهد الشهود، لإنسان[4] بمال، ثم رجعوا بعد دفع المال إليه لم يُنقض الحكم، ويرد المال إلى المدعى عليه، لاحتمال، أنهم كاذبون في الرجوع. وفي "العدة" حكاية وجه: أنه ينقض الحكم

---

(١) "الحجتين وكذا .... لبقاء" ليست في: ز.

(٢) "هو" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) انظر: ص٦٧٦ وما بعدها. وانظر: الروضة ٢٩٧/١١، ومغني المحتاج ٤٥٩/٤.

(٤) في: ز "على إنسان".

ويرد المال إلى المحكوم عليه. والمذهب الأول[١].

وهل يغرم الشهود للمحكوم عليه؟ نقل[٢] المزني: أنهم لايغرمون، وقد[٣] قطع به من الأصحاب طائفة. منهم ابن خيران، توجيهاً[٤] بأن الشهود لم يثبتوا اليد على المال، ولم يتلقوه، فلا يضمنون، وإن أتوا بما يقضي إلى الفوات، كمن حبس المالك، عن ماشيته حتى ضاعت، وليس كالشهادة على الطلاق، والعتق، لأن هناك وجد التفويت حقيقة، فإنهما لايريدان، وإن صدق العبد، والمرأة الشهود، في الرجوع، وهاهنا لم يوجد التفويت[٥] حقيقة، لأن المشهود عليه لو صدقهم في الرجوع، لزمه رد المال، وأكثر الأصحاب وفيهم ابن سريج، وأبوإسحاق: - قالوا في المسألة قولان:

أحدهما: أنهم لايغرمون لما ذكرنا[٦].

والثاني: وبه قال أبوحنيفة[٧] ومالك[٨]، وأحمد[٩] رحمهم الله تعالى: أنهم يغرمون، لحصول الحيلولة[١٠] بشهادتهم وما يضمن بالتفويت بغير الشهادة، ينبغي أن يضمن بالتفويت بالشهادة، كالنفس. وهذا القول: عند العراقيين والإمام، وغيرهم أرجح.

وذكر في "العدة" أن الفتوى عليه وأن ظاهر المذهب: أنهم لايغرمون[١١]. واختلفوا في حالة القولين، فذكر الشيخ أبوحامد، ومن تبعه أنهما منصوصان، والتغريم منهما القديم، وقيل: المنصوص: أنهم لايغرمون. والآخر مخرج.

---

(١) انظر: المختصر ص ٣١٢، والمهذب ٤٣٦/٢، والروضة ٣٠٢/١١.
(٢) في: أ "نقله".
(٣) "قد" ليست في: ز.
(٤) في: أ "وتوجيهاً". وفي ب "وتوجهاً".
(٥) في: أ "تفويت".
(٦) انظر: ص٦٩٢.
(٧) انظر: الهداية ١٣٣/٣، وفتح القدير ٥٣٨/٦.
(٨) انظر: مختصر خليل ص ٢٧٠، والتاج والاكليل مع مواهب الجليل ٢٠٧/٦.
(٩) انظر:المقنع ص ٣٥١.
(١٠) في: أ "الحيلولة".
(١١) انظر: المهذب ٤٣٦/٢، والروضة ٣٠٢/١١، ومغني المحتاج ٤٥٩/٤، والمذهب "الغرم مطلقاً".

وقيل: هما مبنيان على القولين، فيما إذا قال: غصبت هذه الدار من فلان، بل هي من فلان، تدفع الدار إلى الأول، وهل يغرم للثاني؟ على قولين: فنزل[١] رجوع الشاهد[٢]، منزلة رجوع المقر.

وذكر القاضي ابن كج: أن النص فيما إذا شهدوا بعين، ثم رجعوا: أنهم لايغرمون، وفيما إذا شهدوا بدين، ثم رجعوا، أنهم يغرمون، فحصل القولان من تخريج كل واحدٍ منهما في صورة الآخر[٣].

ويجوز أن يعلم لفظ "القولين" في الكتاب بالواو لطريقة من قطع بنفي الغرم.

فروع: شهد الشهود على أحد الشريكين في الرقيق، أنه أعتق نصيبه وهو موسر، فقضى القاضي بعتقه، وبالسراية، ثم رجعوا، فعلى الشهود قيمة نصيب المشهود عليه.

وفي قيمة نصيب الشريك الخلاف في غرم المال[٤]. وشهود القتل الخطأ، إذا رجعوا بعد غرم[٥] العاقلة، هل يغرمون؟ فيه الخلاف؟.

ولو حكم القاضي بشهادة شهود الفرع، ثم رجعوا، غرموا.

ولو رجع شهود الأصل، وقالوا: كذبنا، فكذلك يغرمون خلافاً لأبي حنيفة[٦].

ولو رجع الأصول، والفروع جميعاً فالغرم على شهود الفرع، لأنهم ينكرون إشهاد الأصول، ويقولون: كذبنا فيما قلنا. والحكم وقع بشهادتهم، حيث وجب على الراجع عقوبة من قصاص، أو حدِّ قذفٍ، دخل التعزير فيها، فإذا[٧] لم تجب عقوبة، واعتراف بالتعمد، فيعزر.

---

(١) في: أ "ونزل".

(٢) في: أ "الشاهدين".

(٣) في: أ "الآخرة".

(٤) انظر: ص٦٩٣.

(٥) في: ز "غرمنا".

(٦) انظر: الهداية ١٣٣/٣، وفتح العزيز ٥٣٨/٦.

(٧) في: ز "وإذا".

ولو شهد أربعة على إنسان بأربعمائة، ثم رجع واحدٌ منهم عن مائة، وآخر عن مائتين، وثالث: عن ثلاث مائة والرابع: عن الجميع، فالبينة باقية بتمامها في مائتين.

وأصح الوجهين: أنه لايجب غرمهما، ويجب على الأربعة غرم المائة المرجوع عنها باتفاقهم، وعلى الثاني والثالث والرابع، ثلاثة أرباع المائة التي اختصوا بالرجوع عنها.

والوجه الثاني: أن على كل راجع حصته مما رجع عنه، فعلى الأول خمسة وعشرون، وعلى الثاني، خمسون وعلى الثالث خمسة وسبعون، وعلى الرابع مائة. والشهادة على الطلاق الرجعي، والرجوع عنها هل تقتضي[1] غرماً؟ فيه تفصيل، وخلاف: أسلفناهما[2].

قال أبوالحسن العبادي: إن أوجبنا الغرم في الحال وغرم الشهود، ثم راجعها الزوج، فهل عليه ردُّ[3] ما أخذ؟ فيه احتمالان، بناءً على ما إذا وطيء الرجعية، ثم راجعها، هل يلزمه المهر[4]؟ والله أعلم.

[فصل إذا قضى القاضي بشهادة اثنين، ثم بان أنهما كان عبدين أو كافرين ونحو ذلك]

(قال [الغزالي]: أما إذا ظهر كون الشاهدين عبدين، أو كافرين[5]، أو صبيين، بان بطلان القضاء، واندفع الطلاق والعتاق، وإن كان في قتلٍ وجب الغرم، على القاضي بخطئه، وفي رجوعه على الشهود، كلام سبق في موضعه).

[قال الرافعي]: إذا قضى القاضي بشهادة اثنين، ثم بان أنهما كانا عبدين، أو كافرين أو صبيين[6] مراهقين، فقد مرّ في آخر الباب الأول، من الشهادات، أنه ينقض

---

(١) في: أ "تقضي".

(٢) انظر: الحاوي ٢٨٣/٢١، والوجيز ٢٥٩/٢، والروضة ٣٠١/١١ "والمذهب: أنه لاغرم، إذا لم يفوتا شيئاً".

(٣) قال النووي في روضته ٣٠١/١١ "والصواب الجزم بالرد".

(٤) المذهب: يلزمها لمهر. انظر: المهذب ١٣١/٢، والوجيز ٧١/٢، ومغني المحتاج ٣٤٠/٤.

(٥) في: أ "أنهما عبدان، أو كافران ...".

(٦) في: أ " أو مراهقين".

حكمه[١]، وكذا لو بانا فاسقين[٢] في أصح القولين.

وقوله: "هاهنا، بان بطلان الحكم" إشارة إلى ماذكره الإمام أن القضاء ليس أمراً يعقد ويحل، وإنما المراد تبين الأمر على خلاف ماظنه، وحكم به، فإن كان المشهود به، طلاقاً، أو عتاقاً، أوعقداً من العقود، فقد بان: أنه لاطلاق، ولا عتاق، ولا عقد، فإن كانت المرأة قد ماتت، فقد ماتت وهي منكوحة[٣] ... وإن مات العبد، مات وهو رقيق، ويجب ضمانه على ماسنذكره في ضمان الأموال.

وإن كان المشهود به قطعاً، أو قتلاً، أو حداً، واستوفى وتعذر التدارك فضمانه في بيت المال على أحد القولين، وعلى عاقلة القاضي، في أظهرهما على ماهو مقرر في باب ضمان الولاة[٤]، وإنما تعلق الضمان بالقاضي، لأنه أهلكه بحكمه الذي أخطأ فيه. وكان من حقه أن يتفحص، ويتثبت، ولايجب الغرم على المشهود له، لأنه يقول: استوفيت حقي، ولا يضمن الشهود، لأنهم ثابتون على شهادتهم، زاعمون صدقهم، بخلاف مافي صورة الرجوع، وإذا غرم العاقلة، أو بيت المال، فهل يثبت الرجوع على الشهود؟ فيه خلاف، وتفصيل مذكوران في باب ضمان الولاة[٥][٦]. والذي أجاب به أصحابنا العراقيون: أنه لارجوع عليهم، قالوا: وكذا لارجوع على المزكين، لأن الحكم غير مبني على شهادتهم، وعن القاضي أبي حامد: أن الغارم يرجع على المزكين، ويستقر عليهم الضمان، بخلاف الشهود، لأنه يثبت عند القاضي: أن الأمر على خلاف ماذكره المزكون، ولم يثبت أنه على خلاف ماذكره الشهود، وإلى هذا مال القاضيان أبوالطيب، والروياني، ومفهوم ماذكروه: أنه يجوز تغريم المزكي أولاً، ثم لارجوع له على القاضي.

---

(١) "لأنه تيقن الخطأ، كما لو حكم باجتهاده، فوجد النص خلافه" انظر: الوجيز ٢٥٨/٢، وانظر: الروضة ٢٥١/١١.

(٢) من قوله "في أصح القولين... سقط من نسخة ب.

(٣) في: أ "منكوحته".

(٤) في: أ "الولادة". وانظر: الوجيز ١٨٤/٢، والروضة ١٨٣/١٠ و ١٨٤.

(٥) وفيه ثلاثة أوجه: أحدها: نعم، لأنهما غرا القاضي. والثاني: لا، لأنهما يزعمان أنهما صادقان، ولم يوجد منهما تعدٍ ... والثالث: يثبت الرجوع للعاقلة، دون بيت المال.
انظر: الروضة ١٨٣/١٠ و ١٨٤، ومغني المحتاج ٢٠٢/٤.

(٦) في: ز "إنما يتعلق الضمان بالقاضي" لعل هذا زائداً.

وألمَّ الإمام، بمثل ذلك في الشهود إذا قلنا: بثبوت الرجوع عليهم، ولا فرق فيما ذكرناه من تعليق الضمان بالقاضي، بين أن يكون الحكم في حد لله تعالى، أو في قصاص الآدمي، ولا إذا كان في قصاص بين أن يستوفيه المدعي، وبين أن يستوفيه القاضي بنفسه أو يفوض اسيفاءه بإذن المدعي إلى غيره.

وقد مر في "أدب القضاء" عن الإصطخري: أن المدعي: إن استوفاه بنفسه، فالضمان عليه، وإنما يتعلق الضمان بالقاضي، إذا باشر الاستيفاء، أو فوضه إلى غير المدعي بإذنه.

وإن كان المحكوم به مالاً، فإن كان[١] باقياً عند المحكوم له، انتزع منه[٢] ورد، وإن كان تالفاً، وأخذ منه ضمانه.

وحكى الشيخ أبوحاتم القزويني وجهاً: أنه إذا كان التلف بآفة سماوية، لم يلزمه الضمان، والمشهور الأول. وفرقوا بينه، وبين الإتلافات حيث قلنا: لا غرم عليه، فيها: بأن الإتلافات إنما تضمن إذا وقع على وجه التعدي، وحكم القاضي أخرجه عن أن يكون متعدياً.

وأما المال فإذا[٣] حصل في يد إنسان[٤] بغير حق، كان مضموناً، وإن لم يوجد منه تعدٍّ، فإن كان المحكوم له معسراً، أو غائباً، فللمحكوم[٥] عليه مطالبة القاضي ليغرم له من بيت المال على أحد القولين، ومن خالص ماله على[٦] الثاني، لأنه ليس بدل النفس حتى يتعلق بالعاقلة.

ثم الحكم يرجع على المحكوم له، إذا ظفر به موسراً، وهل له الرجوع على الشهود؟ جعله الإمام على الخلاف، والتفصيل المشار إليهما[٧]

---

(١) "كان" ليست في: أ ، ظ.

(٢) "منه" ليست في: أ، ظ.

(٣) في: ز "وإذا".

(٤) في: أ "الانسان".

(٥) في: أ "فالمحكوم".

(٦) في: ز "في".

(٧) في: أ "إليها".

في الإتلافات[١]، ويجيء أن يقال: على قياس مامرّ: أن المحكوم عليه يتخير في تغريم القاضي، وتغريم المحكوم له[٢]. والله أعلم.

---

(١) انظر: الوجيز ٢/١٨٤، والروضة ١٠/١٨٣ و ١٨٤.

(٢) انظر: الحاوي ٢١/٢٩٦، والوجيز ٢/٢٥٨، والروضة ١١/٢٩٧.

كتاب الدعاوى والبينات

وفيه خمسة أركان

الركن الأول : في الدعوى.

الركن الثاني: في جواب المدعى عليه.

الركن الثالث: في الحلف.

الركن الرابع: في النكول.

الركن الخامس: في البينة.

[الباب الأول في ركن الدعوى]

(قال [الغزالي]: كتاب الدعاوى[(١)] والبينات: ومجامع الخصومات تدور على خمسة: الدعوى والجواب، واليمين، والنكول، والبينة.

الأول: الدعوى وفيه مسائل: الأولى فيمن يحتاج إلى الدعوى، ومن غصب منه شئ وقدر على استرداده قهراً من غير تحريك فتنة، جاز له ذلك، ولم يلزمه الرفع إلى القاضي، فإن كان حقهُ[(٢)] عقوبة، فلابد من الرفع إلى القاضي، وإن كان حقه ديناً، ومن عليه مقرٌ مماطل، فلابد من رفعه، وإن كان يتعذر رفعه بتعززه، أو تواريه فإن ظفر بجنس حقه فله أخذه، وإن كان قد ظفر بغير جنس حقه فقولان).

[تمهيد في تعريف الدعوى والبينة وأدلتها]

[قال الرافعي]: يقال ادعيت على[(٣)] فلان كذا ادعاء. والاسم الدعوى، والادعاء: افتعال[(٤)] من الدعوة، كأن المدعي يدعو المدعي إلى نفسه ولا يشترط في وقوع اسم المدعي على شخص من جهة اللغة أن يكون المدعى في يد غيره، أو ذمته، بل يقع الاسم عليه، مع كون الشئ عنده منه الإدعاء في الحرب، وهو الاعتزاء، بأن يقول: أنا فلان[(٥)] ابن فلان.

---

(١) ينظر: تعريف الدعاوى من كتب اللغة، معجم مقاييس اللغة ٢/٢٨٠، لسان العرب ٤/٣٥٩، وما بعدها مادة: دعا. والمصباح المنير ١/١٩٥ و ١٩٦.
ومن كتب الفقه - التعريفات للجرجاني ص ١٠٤، والمطلع على أحكام المقنع ص ٤٠٢، وشرح الجلال المحلي ٤/٣٣٤، ومغني المحتاج ٤/٤٦١، ونهاية المحتاج ٨/٣١٤، حيث قال: "الدعوى: جمعها دعاوي بفتح الواو وكسرها وهي: لغة الطلب، ومنه قوله تعالى: ﴿ولهم مايدعون﴾ وألفها للتأنيث.
وشرعاً: إخبارٌ عن وجوب حقٍ على غيره عند حاكم.

(٢) "حقه" ليست في: أ، ظ.

(٣) "على" ليست في ظ.

(٤) في: ظ "الانفعال".

(٥) في: أ "انا ابن فلان" . قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة ٢/٢٨٠ "والإدعاء في الحرب العتزاء. وهو أن يقول : أنا ابن فلان" قال: ونجرُّ في الهيجاء الرماح وندعي".

وقيل: الدعوى في اللغة، التمني، ومنه قوله عز وجل: ﴿وهم مايدعون﴾(١).

وأما لفظ البينة فهي بينة(٢).

والأحاديث التي هي أصول الباب مشهورة. نحو ماروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال:/ "البينة على المدعي، واليمين على من أنكر"(٣). ٥٤٧/ز

ويروى قبله " لو أعطي الناس بدعواهم، لادعى ناسٌ دماء قوم وأموالهم"(٤)

ويروى: أن رجلاً من "حضر موت" وآخر من كندة أتيا رسول الله ﷺ فقال الحضرمي: يارسول الله: إن هذا غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي، أزرعها، ليس له فيها حق، فقال النبي ﷺ للحضرمي: "ألك بينة؟" قال: لا. قال: فلك يمين". قال: يارسول الله: إن الرجل فاجرٌ لايبالي على ماحلف عليه. قال: "ليس لك منه إلا ذلك"(٥).

---

(١) سورة يس من آية ٥٧. وفي: ب ﴿ولكم فيها ماتدعون﴾ فصلت: ٣١.

(٢) "البينة" انظر تعريفها لغة: لسان العرب ٥٥٦٢/١ وما بعدها، والقاموس المحيط ٣٠٦/٤، والمصباح المنير ٧٠/١.
وشرعاً: انظر: شرح الجلال المحلى ٣٣٤/٤، ومغني المحتاج ٤٦١/٤، ونهاية المحتاج ٣١٤/٨، حيث قال: "وهم الشهود. وسموا بذلك، لأن بهم يتبين الحق".

(٣) الحديث أخرجه الترمذي ٢٩٩/٢، حديث - ١٣٥٦ من أبواب الأحكام، باب ماجاء في أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه. ورواه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده باللفظ الذي أورده الرافعي ... وقال عنه: "هذا حديث في اسناده مقال".
ومتفق عليه بلفظ "قضي باليمين على المدعى عليه".
أخرجه البخاري ١١٦/٢ - ١٥٩، من كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه.
وأخرجه مسلم بشرح النووي ٣/١٢، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه.
وانظر: البدر المنير ٤٤٩/٢، والتلخيص ٢٠٨/٤، حيث ذكر له روايات متعددة ... ثم قال: "وإسناده ضعيف". وانظر: ارواء الغليل ٢٦٥/٨.

(٤) الحديث: متفق عليه. انظر المصادر السابقة.

(٥) الحديث أخرجه مسلم، مختصر المنذري ص ٢٦٨ حديث ١٠١٧ من كتاب الأيمان، باب: من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه وجبت له النار. تحقيق الألباني، من منشورات لجنة إحياء السنة، مصر، أسيوط. "أخذت من المختصر، لعدم ورود هذا الحديث في صحيح مسلم بشرح النووي".
وأخرجه ابوداود ٢٢١/٣، من كتاب الأيمان والنذور، باب فيمن حلف يميناً ليقتطع بها مالاً لأحد.

=

هذا تمهيد الكتاب: قال حجة الإسلام: "ومجامع الخصومات تدور على خمسة: الدعوى، والجواب، واليمين، والبينة، والنكول".

وذلك لأن المتخاصمين في الخصومات الشرعية:

أحدهما: طالب، وطَلَبُ[(١)] الحق: هو الدعوى، وحجته عليه البينة.

والآخر مطلوب منه، فإن أجاب بالإقرار فذاك، وإن أنكر فحجته[(٢)] عليه اليمين، فإن[(٣)] نكل لم يقنع منه بذلك، بل ترد اليمين على الطالب.

[الفصل الأول: في المسألة الأولى من الدعوى: في المستحق متى يحتاج إلى المرافعة والدعوى]

فكلام[(٤)] الكتاب في بيان هذه الأمور الخمسة وأحكامها:

الأول: الدعوى: وفيه مسائل:

إحداها: في أن المستحق متى يحتاج إلى المرافعة والدعوى، والحق: إما عقوبة، أو مال، إن كان عقوبة كالقصاص، وحد القذف، فلابد فيه من الرفع إلى القاضي[(٥)] لعظم خطره والاحتياط في إثباته أولاً، واستيفائه على ما تقتضيه السياسة، وزجر الناس ثانياً.

= والترمذي ٣٩٨/٢، من كتاب أبواب الأحكام، باب ماجاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ثم قال: حديث وائل بن حجرٍ حديث حسن صحيح" أ.هـ.
وقال عنه الألباني في إرواء العليل ٢٥٧/٨ "صحيح".
وانظر: البدر المنير ٤٤٩/٢، والتلخيص ٢٠٨/٤.
والحضرمي: "هو وائل بن حجر بن سعد بن مسروق، صحابي جليل، وكان من ملوك اليمن، مات في خلافة معاوية. انظر: التقريب ٣٢٩/٢.
والكندي: هو امرؤ القيس بن عابس، واسمه ربيعة. انظر التلخيص ٢٠٨/٤.

(١) في: ز ، ظ "وطلبة". وفي أ "در طالب"
(٢) في: ز "رجحته".
(٣) في: ب "وإن".
(٤) في: أ، ب، ظ "وكلام".
(٥) في: أ ، ب "الحاكم". وقوله إلى "القاضي" قد يفهم أنها لاتصح عند غيره، وليس مراداً. بل السيد يسمع الدعوى على رقيقة، وإن لم يكن قاضياً وكذلك المحكَّم إذا رضيا بحكمه، وكذا الوزير، والأمير، ونحوهما ويستثنى من اشتراط الدعوى عند القاضي صورتان:

=

وإن[1] كان مالاً، فهو إما عين، أو دين. إن كان عيناً فإن قدر على استردادها من غير تحريك فتنة، استقل به وإلا فلابد من الرفع.

وأما الدين، فإن كان من عليه مقراً غير ممتنع من الأداء، فيطالبه ليؤدي وليس له أن يأخذ شيئاً من ماله، لأن الخيار في تعيين المال المدفوع إلى من عليه، فإن خالف وأخذ شيئاً من ماله رده، فإن تلف عنده وجب ضمانه، فإن اتفقا جاء خلاف التقاص. وإن لم يكن كذلك فإما أن يمكن تحصيل الحق منه بالقاضي، أو لايمكن، إن لم يمكن، بأن كان منكراً، ولا بينة لصاحب الحق، فله أن يأخذ جنس حقه، من ماله، إن ظفر به، ولا يأخذ غير الجنس وهو ظافر بالجنس.

وفي "التهذيب" وجه: أنه يجوز، وإن لم يجد إلا غير الجنس. حكى جماعة من الأصحاب منهم "الفوراني" والإمام وصاحب الكتاب[2] في جواز[3] الأخذ قولين:

أحدهما: المنع، لأنه لايتمكن من[4] تملكه، وليس له أن يبيع مال غيره لنفسه.

والثاني: الجواز[5]: وهو الذي أورده عامة الأصحاب، لما روي عن عائشة رضي الله عنها أن هنداً قالت: يارسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لايعطيني مايكفيني وولدي إلا ما أخذت منه سراً، وهو لايعلم، فهل عليَّ في ذلك شيء؟ فقال النبي: ﷺ : "خذي مايكفيك وولدك بالمعروف"[6] جوز لها الأخذ من غير فرق بين الجنس وغير الجنس.

= إحداهما: قتل من لا وارث له أو قذفه إذ الحق فيه للمسلمين. فيقتل بشهادة الحسبة، ولا يحتاج إلى دعوى الحسبة، بل في سماعها خلاف.

ثانيهما: قتل قاطع الطريق الذي لم يتب قبل القدرة عليه لايشترط فيه دعوى، لأنه لا يتوقف على طلب" أ.هـ. مغني المحتاج ٤٦١/٤.

(١) في: ز "فإن".

(٢) انظر: الوجيز ٢٦٠/٢.

(٣) في: ز "جواز".

(٤) "من" ليست في: أ.

(٥) وهو المذهب. انظر: المهذب ٣٩٦/٢، والروضة ٣/١٢، ومغني المحتاج ٤٦٣/٤.

(٦) الحديث سبق تخريجه ص٤٠٩، باب "القضاء على الغائب".

وقال أبوحنيفة: يـأخذ جنـس حقـه، ولا يـأخذ غـير الجنس إلا أن يكـون حقـه الدراهم، فيأخذ الدنانير، وبالعكس.

وعن أحمد: أنـه لايـأخذ الجنـس، ولا غـير الجنـس[١]، وهـذه روايـة عـن مـالك. والأشهر عنه: أنه إن لم يكن على المديون دينٌ آخر، فله أخذه، وإن كـان فـلا يـأخذ إلا قدر حصته.

وإن[٢] أمكن تحصيل الحق بالقاضي، بأن كان مقراً، لكنه يمتنـع عـن[٣] الأداء، أو كان منكراً وللمستحق بينة، فهل يستقل بالأخذ أم تجب المرافعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: المنع، من الاستقلال، كما لو أمكنه تحصيل الحق بالمطالبة، والتقاضي.

ومن قال بهذا: قال: لو كان منكراً، ولابينة، لكن صاحب الحق يرجو إقراره، لو أحضره عنده القاضي، وعرض عليه اليمين وجب إحضاره أيضا.

وأصحهمـا: علـى مـاذكر القاضيـان أبوالطيـب، والرويـاني: ويحكـى عــن أبــي إسحاق، وابن أبي هريرة: أنه يجوز الاستقلال لحديث هند، فإنه ﷺ لم يأمرها بالمرافعـة، لأن في المرافعة مؤنة ومشقة، وتضيع زمانٍ، والمذكور في الكتاب هو الوجه[٤] الأول.

وقوله: "وإن تعذر رفعه يتعززه، أو تواريـه، فـإن ظفـر بجنـس حقـه، فلـه أخـذه" والحكم على ماذكره منوط يتعذر رفع الخصم إلى القاضي.

وعلى هذا فالغـائب كـالمتعزر، والمتـواري، وكذلـك هـو في كـلام الإمـام ونـاط صاحب "التهذيب" وغيره الحكم بتعذر تحصيل الحق لا يتعذر رفع الخصـم، وقضيتـه، أن يكون الغائب، والمتواري، والمتعزر، كالحاضر المقر، لإمكان تحصيـل الحـق منهـم، بإقامـة البينة عند القاضي، ولا بأس لو أعلم قوله "فله أخــذه" بـالميم، والألـف، لما سبق. والله أعلم.

---

(١) "ولا غير الجنس" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ، ظ "فإن".

(٣) في: ب، ظ "من".

(٤) انظر: الوجيز ٢٦٠/٢، والعزيز ١٤٧/١٣ هامش ٦، والروضة ٣/١٢ حيث قال: "جـاز الأخـذ على المذهب وبه قطع الجمهور".

[فيما إذا لم يصل إلى ماله إلا بكسر الباب ونحو ذلك]

قال [الغزالي]: فإن[١] قلنا: يأخذ فيرفعه إلى القاضي حتى يبيع في حقه بعد إقامة البينة على أنه يستحق المال، وقيل: إنه يستقل بالبيع بجنس حقه. وقيل: بل يتملك من العين بمقدار حقه. ولو تلف قبل البيع، والتملك، فهو من ضمانه، وإن لم يبادر إلى البيع حتى نقصت القيمة، فهو محسوب عليه، وإن لم[٢] يظفر إلا بمتاع[٣] يساوي أكثر من حقه، لم يضمن الزيادة إن[٤] تلفت، لأنه معذور في أخذه، حتى لو نقب الجدار، ليأخذه، فليس عليه أرشٌ النقب.

وفيه وجه: أنه يضمن الزيادة، ولو كان حقه دراهم صحاحاً، فأخذ المكسرة، ورضي بها جاز، ولو كان بالعكس، لم يجز إلا أن يبيع بالدنانير، ويشتري[٥] به جنس حقه. ولو جحد من عليه الحق، وله على المستحق مثله، جاز أن يجحد أيضاً، ولم يحصل التقاص للضرورة).

[قال الرافعي]: مهما جاز للمستحق أن يأخذ مال من عليه، فلو لم يصل إلى المال إلا بكسر الباب، ونقب الدار مُكن منه ليصل إلى حقه، ولا يضمن ما فوته، كمن لم يقدر على دفع الصائل. إلا بإتلاف ماله / فأتلفه لايضمن . ٥٤٨/ز

ونقل بعضهم وجهاً أنه يضمن، ثم إذا كان المأخوذ من جنس الحق فله تملكه، وإن لم يكن من جنسه، لم يكن له التملك.

وحكى الإمام: وجها أنه يتملك منه بقدر حقه، ويستقل بالمعاوضة، كما يستقل بالتعيين عند أخذ الجنس.

والمشهور الأول[٦].

---

(١) في: ب "وإن".

(٢) في: ز "وإن لم يعلم" وهو خطأ.

(٣) "بمتاع" ليست في: أ.

(٤) في: ب "وإن تلف".

(٥) في: ز "فيشتري".

(٦) وهو المذهب. وانظر: الروضة ٤/١٢، ومغني المحتاج ٤/٤٦٣.

وما الذي يُفعل به؟[١] أيرفعه إلى القاضي ليبيعه ويستقل ببيعه؟ فيه وجهان. ويقال قولان:

أحدهما: أنه يرفع الأمر إليه، وإلا فكيف يلي التصرف في مال غيره لنفسه.

والثاني: أنّ له أن يبيعه بنفسه، وامتناع من عليه[٢] يسلطه على البيع، كما يسلطه[٣] على الأخذ، وإيراد الكتاب يقتضي ترجيح الأول. إلا أن العراقيين والقاضي الروياني، وأبا الحسين العبادي: ذكروا أن الأصح الثاني: وبه أجاب صاحب "التهذيب" لكن فيما إذا كان القاضي جاهلاً بالحال، ولا بينة للأخذ.

وأما إذا كان القاضي عالما، فظاهر المذهب أنه لايبيعه إلا بإذنه، وبنى الشيخ أبومحمد في "السلسلة"[٤] الخلاف في المسألة على الخلاف في أن ملتقط اللقيط، إذا وجد معه مالاً مشدوداً على ثوبه، وأراد إنفاقه عليه، هل يرفع الأمر إلى القاضي أم يستقل به؟ هكذا وضع الخلاف في الإنفاق. ويحكى مثل هذا عن القفال، لكن المذكور في باب "اللقيط"[٥] أنه لايستقل بالإنفاق من[٦] غير التعرض لخلاف فيه، وإنما الخلاف في أنه هل يستقل بالحفظ؟

فإن ألزمنا[٧] الآخذ رفع الأمر إلى القاضي، فهل للقاضي أن يأخذ له في بيعه، أو يقوضه إلى غيره؟ وحكى الشيخ أبوحاتم القزويني فيه وجهين. والأشبه الأول. وكيف طريقهُ عند الرفع؟ ذكر في الكتاب، أن القاضي يبيعه عليه، بعد إقامة البينة على استحقاق المال، وهذا يُبطل فائدة تجويز البيع عند العجز عن البينة. وقيل: يواطئ رجلاً

---

(١) "به" ليست في: ز.

(٢) "عليه" ليست في: أ.

(٣) في: "يسلط".

(٤) من هنا سقط بنسخة "ب" مايقرب من لوحتين.

(٥) انظر: الوجيز ٢٥٥/١، والروضة ٤٢٧/٥.
حيث قال النووي "...وجهان: أحدهما لا ..... وأرجحهما:الاستقلال" ثم قال: قلت. «رجح الإمام الرافعي أيضاً في المحرر هذاالثاني" والله أعلم.
انظر أيضاً: الروضة ٤/١٢.

(٦) في: ز "عليه".

(٧) في: أ "الزمناه".

يقر له بالحق، ويمتنع من الأداء، ويقر له الآخذ بالمال حتى يبيعه القاضي، وهذا إرشادٌ إلى الكذب من الطرفين، ويضعف التفريع على وجوب الرفع، ويقوي وجه الاستدلال بالبيع، ثم عند البيع إن كان الحق من جنس نقدِ البلد، فيباع المأخوذ به، وإن لم يكن، فإن ظفر بثوبٍ والدين حنطةٌ، فيباع الثوب بنقد البلد، ويشتري به حنطةً.

وحكى الإمام عن محققي[1] الأصحاب: أنه يجوز أن يشتري الحنطة بالثوب، ولا يوسط النقد بينهما، وقد سبق نظيره.

وهل يكون المأخوذ مضموناً على الآخذ، حتى إذا تلف قبل البيع والتملك، تلف في ضمانه؟ فيه[2] وجهان، في وجه: نعم، لأنه أخذه لغرض نفسه فأشبه المستام، بل أولى، فإن المالك لم يأذن فيه، ولأن المضطر إذا أخذ ثوب الغير لدفع الحر، وتلف في يده يضمن، فكذلك هاهنا، وفي آخرٍ: لا ، لأنه مأخوذ للتوثق والتوصل به إلى الحق، فأشبه الرهن.

وإذْنُ الشرع في الأخذ يقوم مقام إذن المالك. وهذا أصح عند القاضي الروياني، والأول: أقوى في المعنى، وهو الذي أورده الصيدلاني والإمام وصاحب الكتاب، وإيانا[3].

وإذا قيل به ينبغي أن يبادر إلى البيع بحسب الإمكان، فإن قصر فنقصت قيمته ضمن النقصان. وإذا فرض في القيمة انخفاضٌ وارتفاع وتلف، فهي مضمونة عليه بالأكثر، كذلك ذكره في "التهذيب".

ولو اتّفق رد العين، لم يضمن نقصان القيمة، كالغاصب. ولو باعه وتملك ثمنه، ثم وفر[4] المستحق دينه عليه، ففيما[5] علق عن الإمام أنه يجب أن يرد إليه قيمة المأخوذ، كما إذا ظفر المالك، بغير جنس المغصوب، من المال الغاصب، وأخذه وباعه، ثم رد

---

(١) في: أ "تحقق".
(٢) في: ز "فيه".
(٣) "إيانا" ليست في: ز. وانظر: الوجيز ٢/٢٦٠.
(٤) في: ب "وفى".
(٥) في: أ "ومما".

الغاصب المغصوب، كأن على المالك أن يرد قيمة ما أخذه، وباعه، لكن أخذُ المستحق وبيعه وتملكه بالثمن[١]، نازل منزلة دفع المستحق عليه. وما دام المغصوب باقياً فهو المستحق، والقيمة تؤخذ للحيلولة، فإذا رد العين فترد القيمة، كما لو دفع القيمة بنفسه، وهاهنا المستحق الدين فإذا باع،وأخذ الثمن[٢] بحقه، فما ينبغي أن يرد شيئاً، ولا أن يوفر عليه بعد ذلك شيء. والله أعلم.

وليس له الانتفاع بالعين المأخوذة، فإن امتنع، فعليه أجرة المثل.

ثم في الفصل صور:

الصورة الأولى لا يأخذ المستحق أكثر من حقه

إحداها: لا يأخذ المستحق أكثر من حقه،إذا أمكنه الاقتصار عليه، فإن زاد، فالزيادة مضمونة عليه، وإن[٣] لم يمكنه، بأن لم يظفر إلا بمتاع تزيد قيمته على حقه[٤]. فإن قلنا: لو كان المأخوذ قدر حقه، كان مضموناً عليه، ففي الزيادة وجهان:

أحدهما: أنها مضمونة، كالأصل.

وأرجحها: على ما يقتضيه نظم الكتاب: المنع، لأنه لم يأخذه بحقه، وهو معذور في أخذه، وإن قلنا: إن المأخوذ بقدر الحق لايضمن، فكذلك الزيادة. وإن كان المأخوذ أكثر من الحق، فإن كان مما يتجزأ[٥] باع منه بقدر حقه.

ويسعى[٦] في رد الباقي إليه بهبة، ونحوها، وإن كان مما لايتجزأ، فإن قدر على بيع البعض مما هو حصته لو بيع الكل، باعه، وسعى في رد الباقي إليه على ماذكرنا. وإن لم يقدر عليه، باع الكل، وأخذ من ثمنه قدر حقه، ويحفظ الباقي إلى أن يرده عليه على ماذكره ابن الصباغ، والقاضي الروياني.

---

(١) في: أ، ب "الثمن".
(٢) "الثمن بحقه" ليست في: أ.
(٣) في: أ "فإن".
(٤) انظر: هامش العزيز ذ٣/١٥١، والروضة ٥/١٢.
(٥) في: أ "يتحرى".
(٦) في: أ، ب "وينبغي".

الصورة الثانية لو كان حقه دراهم صحاحاً فله أخذها

الثانية: لو كان حقه دراهم صحاحاً، وظفر بالمكسرة، فله أن يأخذها ويتملكها بحقه، وإن استحق المكسَّرة، وظفر بالصحاح، حكى الإمام فيه طريقين.

أحدهما: جواز الأخذ لاتحاد الجنس. والثاني: أنه على الخلاف المذكور، فيما إذا ظفر بغير الجنس، لاختلاف الغرض، باختلاف الصفات، كاختلافه باختلاف الأجزاء.
٥٤٩/ز فإذا أخذها لم يكن له أن يتملكها، ولايشتري بها المكسرة /، لا مع التفاضل، لما فيه من الربا، ولا بصفه التساوي، لاختلاف المالية، والإجحاف بالمأخوذ منه، ولكن يبيع صحاح الدراهم بالدنانير ثم[1] يشتري بها الدراهم المكسرة، ويتملكها.

الصورة الثانية لو كان حقه دراهم صحاحاً فله أخذها

الثالثة: شخصان ثبت لكل واحدٍ منهما على الآخر مثل ما للآخر عليه، ففي حصول التقاص، أقوال[2] معروفة، أوردها صاحب الكتاب في كتاب الكتابة[3].

فإن قلنا: لايحصل التقاص، وجحد أحدهما حق الآخر، فهل للآخر أن يجحد حقه؟.

قال في "الوسيط" فيه وجهان: يلتفتان إلى الظفر بغير جنس الحق[4]، فإن اختلاف الدينين[5] بمثابة اختلاف الجنس، كما ذكرنا في اختلاف المالين في الصحة، والتكسر[6]، والمذكور في الكتاب أن له أن يجحد، ويحصل التقاص للضرورة، وهو موافق لما مر في تجويز الأخذ عند الظفر بغير الجنس. ومواضع العلامات من الفصل لاتخفى.

فرع: كما يجوز[7] الأخذ من مال الغريم الجاحد، أو المماطل[8]، يجوز الأخذ من

---

(١) "ثم" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) وهي أربعة: "أظهرها: التقاص ...".
انظر: الوجيز ٢٩٢/٢، والروضة ٢٧٣/١٢.

(٣) في: ز "المكاتب".

(٤) انظر: ٤٠٢/٧، "والأصح أنه يجوز له أن يجحد صاحبهُ حقه" ذكره في الروضة ٦/١٢.

(٥) في: ز "الذمتين" وانظر هامش ٤ على العزيز ١٥٢/١٣.

(٦) في: ب، ز "التكسير".

(٧) في: ز "لايجوز" وهو خطأ.

(٨) في: ب، ز ، ظ "المطول".

مال غريمه، كما إذا كان لزيد على عمرو دينٌ، ولعمرو على بكرٍ مثله، يجوز لزيد أن يأخذ مال بكر بماله، على عمرو، ولا يمنع[١] من ذلك رد عمرو، وإقرار بكر له، ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو[٢].

آخر: جحد دينه، وله عليه صك بدين آخر،قد قبضه، وشهود الصك لايعلمون القبض. قال القاضي أبوسعد: يدعي ذلك، ويقيم البينة ويقبضه بدينه الآخر. وفي فتاوى القفال: أنه ليس له إقامة أولئك الشهود، لأنهم لو شهدوا، وقال المدعى عليه: إني قبضت ماشهدوا به واستحلفه، لم يكن له أن يحلف، وذلك يدل على أن مايشهدون به غير مايدعيه والله أعلم.

[الفصل الثاني في المسألة الثانية من الدعوى: في معرفة المدعي والمدعى عليه]

(قال [الغزالي]: الثانية: في حد المدعي، وفيه قولان: أحدهما: أنه الذي يُخلى[٣] وسكوته.

والثاني: أنه الذي يدعي أمراً خفياً على خلاف الظاهر. ولو[٤] أسلما قبل المسيس فقال: أسلمنا معاً، والنكاح دائم، وقالت بل على التعاقب، فالزوج هو الذي لايُخلى وسكوته، لكن المرأة هي التي تَدّعِي أمراً ظاهراً، فإنَّ تَساوُقَ الإسلام بعيدٌ. فالقول قول من؟ يُخَرِّجُ على القولين، وأما المودِع إذا ادعى رد الوديعة، صدق بيمينه للرخصة[٥]، لأنه اعترف له بالأمانة).

[قال الرافعي]: عرفنا بالخبر أن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، واستنبط سببه، فقيل: جانب المنكر أقوى لموافقته الظاهر، والبينة أقوى من اليمين، لبراءتها عن تهمة جلب النفع، فجعلت البينة على المدعي لتجبر[٦] قوة الحجة ضعف

---

(١) في: ب، ظ "لايمتنع".

(٢) انظر: العزيز ١٣/١٥٢ بهامش ٦.

(٣) في: أ "بحق".

(٤) في: ز "فلو".

(٥) في: أ "للحاجة المرخصة".

(٦) في: أ "لتجبره".

الجنية[١] ومُنِع[٢] من المنكر بالحجة الضعيفة لقوة جنبته.

وهذه القاعدة تحوج إلى معرفة المدعي، والمدعى عليه، ليطالب هذا بحجته وهذا بحجته إذا تخاصما، فجعل صاحب الكتاب المسألة الثانية في حد المدعي، والمدعي عليه، وفيه قولان:

أحدهما: أن المدعي من المتخاصمين، هو الذي لو سكت خُلِّيَ، و لم[٣] يطالب بشئ، والمدعى عليه من لايُخَلَّى، ولا يقنع منه بالسكوت.

والثاني: أن المدعي من يذكر أمراً خفياً يخالف الظاهر، والمدعى عليه: من يوافق[٤] قوله: الظاهر.

فإذا ادعى زيد ديناً في ذمة عمرو، وأوعينا في يده، وأنكر، فزيد هو الذي لو سكت تُرِكَ، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر، لأن الظاهر براءة ذمة عمرو، وفراغ يده عن حق الغير.

وعمرو هو الذي لايترك، وسكوته، ويوافق قوله الظاهر، فزيد مدع بموجب العبارتين، وعمرو مدعى عليه، ولا يختلف موجبهما في الأغلب، وقد يختلف كما إذا أسلم الزوجان قبل المسيس، واختلفا، فقال الزوج أسلمنا معاً، والنكاح باقٍ بيننا. وقالت المرأة: بل على التعاقب، ولا نكاح بيننا، فإن قلنا المدعي[٥] من لو سكت ترك. فالمرأة المدعية، والزوج مدعى عليه، لأنه لايترك، لو سكت، فإنها تزعم انفساخ النكاح، فيحلفُ، ويحكم باستمرار النكاح إذا حلف.

وإن قلنا: إن المدعي من يخالف قوله الظاهر[٦]، فالزوج هو المدعي، لأن التساوُق

---

(١) في: أ "الجبر".

(٢) في: أ "وقنع".

(٣) في: أ "ولو لم".

(٤) في: ز "يخالف".

(٥) في: ب، ظ "إن المدعي".

(٦) في: ز "فالظاهر".

الذي[1] يزعمه خلاف الظاهر، والمرأة مدعى عليها، لموافقتها الظاهر، فتحلف، وإذا حلفت[2]، حُكِمَ بارتفاع النكاح.

ولو قال الزوج: أسلمتْ قبلي، فلا نكاح، ولا مهر، وقالت[3] بل أسلمنا معاً، وهما بحالتهما[4]، فقوله[5] في "الفراق يلزمه[6]".

وأما المهر، فالقول قول الزوج، إن قلنا: المدعى عليه من[7] يوافق قوله الظاهر، لأن التعاقب الذي يدعيه، هو الظاهر، وقول المرأة. إن قلنا: المدعي عليه من لا[8] يترك، لو سكت، لأنها لاتترك بالسكوت، إذ الزوج يزعم سقوط المهر.

فإذا سكت ولا بينة جعلت ناكلة.

ولو حلف الزوج، وحكم بالسقوط، وقد يوهم إيراد "الفوراني": أن القولين، في حد المدعي، والمدعى عليه، منصوصان. لكن المعتمد المشهور، أنهما مستنبطان من اختلاف قول الشافعي رضي الله عنه في مسألة إسلام الزوجين.

وقد يبينه الخلاف في الأصل المبني عليه، والأظهر منهما على مايُشْعِر به لفظ "المختصر" ويقتضيه كلام أكثر الأصحاب.

وصرح به "الروياني": أن المدعي من يخالف الظاهر، والمدعى عليه من يوافقه. قال الأئمة: والأمناء الذين يصدقونه في الرد بيمينهم مدعون، لأنهم يزعمون الرد الذي هو خلاف الظاهر، لكن اكتفى منهم باليمين، لأنهم أثبتوا أيديهم، لغرض الملك، وقد أئتمنهم، فلا يحسن تكليفهم بنية على الردِّ.

---

(١) "الذي" ليست في: ز.

(٢) في: أ "حلف".

(٣) في: ز "فقالت".

(٤) في: أ "بحالهما".

(٥) في: أ "وقوله".

(٦) في: أ، ز "لم يلزمه" وهو خطأ والصحيح ما أثبتناه. انظر: الروضة ٨/١٢.

(٧) "من" ليست في: أ.

(٨) "لا" ليست في: أ.

وتكلّف أبوالحسن العبَّادي فقال: إنهم يدَّعون مايوافق الظاهر، لأن المالك قد ساعدهم على الأمانة، حيث استأمنهم فهم يستبقون الأمانة، وهو يزعم ارتفاعها، فكان الظاهر معهم.

قال: وأما على الحد الآخر، فهم المدعى عليهم، لأن المالك هو الذي لو سكت ترك، قال القاضي الروياني، وغيره: قد يكون الشخص مدعياً، ومدعى عليه، في المنازعة الواحدة، كما في صور التحالف. هذا منقول الأصحاب في هذا الموضع، ووراءه كلماتٌ:

أحدها: يمكن أن يعكس ماذكره[1] في الكتاب، ويقال: إن قلنا: إن المدَّعى من يُترك وسكوته، فالمدعي في مسألة اختلاف الزوجين، إنما هو الزوج، لأن النكاح حقه، فلو تركها، ولم يطالبها، تُرك وهي لاتترك لو سكتت، واعترضت، وإن قلنا: إن المدعي من يخالف الظاهر، فهي المدعية، لأنها تزعم ارتفاع النكاح، والظاهر دوامه.

والثانية: ما المعنى بالظاهر في قولنا: "إن المدعي من يخالف الظاهر، أيعني به مطلق مايدل عليه ذلك، أم يعني الظن الأرجح، والأغلب، أم استصحاب ماكان من وجود أو عدم؟. إن عنينا الأول لزم أن يكون كل واحدٍ من المتداعيين مدعياً[2] أبداً، لأن دليلاً ما يدل على صدق هذا، وآخر يدل على براءة هذا. وإن عنينا الظن الأغلب، والأرجح فهذا يختلف باختلاف[3] الأشخاص، والأحوال، والقرائن الواقعة في الحادثة، فتارة يكون الأغلب على الظن، صدقُ الطالب، وآخرى صدق المنكر، وإن عنينا استصحاب ماكان، فلم نجعل المرأة مدعى عليها، إذا قلنا: إن المدعى عليه من يوافق الظاهر، وهي لاتستصحب شيئاً، بل تترك استصحاب الأصل الذي كان.

والثالثة: لاشك أن التنازع في كيفية الإسلام ليس معيناً لعينة، وإنما ينبغي استدامة النكاح، وهي تزعم ارتفاعه فيشبه أن يقال: كل واحدٍ منها مدعى لشيء، فأما الزوج،

---

(١) في: أ، ب، ظ "ماذكروه من البناء".
(٢) "مدعياً" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) "باختلاف" ليست في: أ، ب، ظ.

فإنه في استدامة النكاح، وطلب طاعتها، كطالب مال من غيره، وأما هي فدافعة كمن يقول: إنك أبرأتني، أو إني أديته.

فإن قلنا: يحلف الزوج، فهو على قياس دعوى الدوافع[١]، وقد ذكر في "التهذيب" أنه الأصح.

وإن قلنا: تحلف المرأة فيشبه تقوي جانبها بظاهر الحال، وإن كانت مدعيةً، كما يحلف المودع على الرد والهلاك. وإن كان مدعياً للمعنى الذي سبق.

وهذا طريقٌ يغني عن تَخْرِيج القولين على الأصل المذكور.

واعلم أن المراد من قولهم: إن المدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، أو من يدعي أمراً جلياً، أنه لو أنكر، ونازع الطالب كان كذلك، لأنه يتوقف كونه مدعى عليه على أن ينكر، وينازع، وقوله في الكتاب "في حق المودع يصدق بيمينه للحاجة"[٢]. وفي بعض النسخ "للرخصة" معناه أنه مستثنى[٣] من قولنا: إن المدعي يحتاج إلى البينة، فإنه مدعٍ للرد، وسببه ماتقدم، ومسألة اختلاف الزوجين، قد سبق حكمها في النكاح[٤]، وإنما أعادها ليبين أن الخلاف فيها مبنيٌ على الأصل المذكور. والله أعلم.

[في شرط صحة الدعوى]

(قال [الغزالي]: ثم حدُّ الدعوى الصحيحة أن تكون معلومة ملزمة، فلو[٥] قال: لي[٦] عليه شيء، لم يسمع. ولو قال: وهب مني، أو باع، لم يسمع، حتى يقول: ويلزمه التسليم إليّ).

[قال الرافعي] لما تكلم في الدعوى نفسها، أردفه بالكلام في شرط صحتها، وهي أن تكون مسموعة، محوجة إلى الجواب، واعتبر في صحتها وصفين[٧]:

---

(١) في: أ "الدافع".

(٢) في: ز "لحاجة".

(٣) في: ب، ظ "يستثنى".

(٤) انظر: الوجيز ٢/١٦، والروضة ٧/١٤٥.

(٥) في: أ، ب "ولو".

(٦) "لي" ليست في: ب، ز.

(٧) في: أ "وصفين ضعيفين".

أحدهما: العلم بالمدعى[١]، والأصل اعتبار العلم به، كاعتبار العلم بالمشـهود بـه، والمعقود عليه، بالبيع وغيره، وهذا لأن المقصود، فصل الأمر، وإيصال الحق إلى المستحق، وذلك يستدعي العلم.

فإن كانت الدعوى في الأثمان[٢] فلابد من ذكر الجنس، والنوع، والقـدر قـال في "الشـامل": وإن اختلـف الصحـاح والمكسـرة، بيَّـن أنهـا صحـاح، أو مكسـرة، ومطلـق الدينار ينصرف إلى الدينار الشرعي، فلا حاجة إلى بيان الوزن، ذكره الشيخ أبوحامد.

وإن كانت في غير الأثمان. نُظِرَ: إن كان يدعي عينـاً، وهـي مـايضبط بالصفـة، كالحبوب والحيـوان والثيـاب[٣]، فيصفهـا بصفـات السـلم، ولا حاجـة إلى ذكـر القيمـة على الأصح[٤]، وإن كانت العين تالفـة، كفـى الضبـط بالصفـات، إن كـانت مثليـة، ولا حاجة إلى ذكر القيمة، وإن كانت متقومة، فلابد من ذكـر القيمـة، لأنهـا الواجبـة عنـد التلف.

وإن ادعى عليه سيفاً محلـى، قـال في "الشـامل": لابـد مـن ذكـر قيمتـه، ويقومـه بالذهب، إن كان محلى بالفضة، وبالفضة إن كان محلى بالذهب، وإن كـان محلـى بهمـا قومه بأحدهما للضرورة[٥].

وفي الدراهم والدنانير المغشوشة يدعي عشرة دراهم من نقـد كـذا، قيمتهـا كـذا ديناراً، أو ديناراً من نقد كذا قيمته كذا درهماً، ذكره الشيخ أبوحامد وغيره[٦]، وكأنـه

---

(١) في: ز "بالدعوى".
(٢) في: أ "الأيمان".
(٣) في: أ، ب، ظ "البنات".
(٤) انظر: الروضة ٨/١٢، ومغني المحتاج ٤٦٥/٤.
(٥) قال بهامش العزيز ١٥٦/١٣ "المراد بقوله: قوّمَهُ بأحدهمـا" يعني بأيهمـا شـاء. ومـا ذكـره من الضرورة مدفوع بأنه يمكن تقويم السيف بما فيه من أحد النقدين بالنقد الآخر، ويقوم النقد الذي لم يضفه إلى تقويم السيف بالنقد المضاف مع سيف، ثم إن سلّم ما قالوه فإنما يظهر عند التفاوت في المقدار، أما لو غلب أحدهما فينبغي أن يقوم بالنقد الآخر".
(٦) في: ز "وإن كانت غير".

جوابٌ على أن الدراهم، والدنانير المغشوشة متقومة[١]، فـإن جعلناهـا مثليـة، فينبغـي ألا يشترط التعرض لقيمتها[٢].

وفي العقار يتعرض للناحية، والبلدة، والمحلـة، والسـكة، ويبـين الحـدود، وقـد مـر بعض هذه التعريفات[٣] في "باب القضاء على الغائب"[٤]. والمذكور هاهنا أتم وأوفى.

ويستثنى عن اعتبار العلم صور: إحداها: إنما يتصـور اعتبـاره إذا كـان المطلـوب متعيناً، فأما من حضر ليعين، ويفرض له القاضي، كالمفوِّضة، تطلب الفرض علـى قولنـا: لايجب المهر بالعقد، وكالواهب يطلب[٥] الثواب، إذا قلنا: إن الهبـة تقتضيـه، ولم يُقـدر، الثواب، فلا يتصور منه إعلام وتعيين[٦].

الثانية: ادعى على إنسان أن مورثه أوصى له بثوب، أو بشيءٍ سمعت الدعوى لأن الوصية تحتمل الجهالة[٧]، فكذلـك دعواهـا، وألحق ملحقـون دعـوى الإقـرار بـالمجهول، بدعوى الوصية بالمجهول، ومنهم من تنازع كلامه فيه، وسبب[٨] الاختلاف، الخلاف في أن دعوى الإقرار بالمال تسمع أم يجب أن يدعي/ نفس المال؟. ٥٥١/ز

وكذا[٩] تصح دعوى الإبراء عن المجهول، إن صححنا الإبراء عن المجهول.

الثالثة: ادعى له طريقاً في ملـك الغـير، وادعـى حـق إجـراء المـاء، فالأشـهر فيمـا حكى القاضي أبوسعد: أنه لايحتاج إلى إعلام مقدار الطريـق، والمجـرى، ويكفـي لصحـة الدعوى تحديد الأرض التي يدعي فيها الطريـق، والمجـرى، وكـذا تصـح الشـهادة المترتبـة

---

(١) في: أ "مقومة".
(٢) في: أ "قيمتها".
(٣) في: أ "التعريصات".
(٤) انظر ص ٤١٥، والوجيز ٢/٢٤٥، والروضة ١١/١٨٩.
(٥) قوله: "ومن تطلب الفرض ... وكالواهب يطلب" ليست في: ظ.
(٦) انظر: بهامش العزيز ١٣/١٥٧.
(٧) في: ز "لأن الجهالة تحتمل الوصية" وهو غير صحيح.
(٨) في: ز "وكان سبب".
(٩) في: ظ "كذلك".

عليها، وعن أبي علي الثقفي[١]: أنه لابد من إعلام قدر الطريق، والمجرى قال: وكـذا لـو باع بيتاً من دارٍ ورسم له طريقاً، و لم يبين قدره: لايصح.

قال القاضي: والذي عندي: أنه لايشترط هذا الإعـلام في الدعـوى لكـن يؤخـذ على الشهود إعلام الطريق، ومسيل الماء بالذَّرْعان، لأن الشهادة أعلى شأناً، فإنها تستقل بإيجاب الحكم، بخلاف[٢] الدعوى. ولو أحضر المدعي قطعة بيـاضٍ، حـرر فيهـا دعـواه. وقال: ادَّعِي مافيها، أو ادعى[٣] ثوباً بالصفات المكتوبة في تلك القطعة، هل يكفي ذلـك لصحة الدعوى؟ فيه وجهان[٤].

الوصف الثاني: كون الدعوى ملزمـة، فلـو قـال: وهـب مـني كـذا، أو بـاع، لم تسمع دعواه، حتى يقول: ويلزمه التسليم إليَّ، لأنه قـد يهـب ويرجـع ويبيـع، ويفسـخ، هكذا نقل الفوراني، وغيره. وهو المذكور في "الكتاب"[٥] ويقرب منه مـاذكره القـاضي أبوسعد: أنه يقول في دعوى الدين لي في ذمته كذا، وهو ممتنعٌ[٦] من أدائه الواجب عليه، قال: إنما يتعرض لوجوب الأداء، لأن الدين المؤجل لايجـب أداؤه في الحـال، وكـان هـذا فيما إذا قصـد بـالدعوى تحصيـل المدعـى، ويجـوز أن يكـون المقصـود بـالدعوى[٧] دفـع المنازعة، فلا يشترط التعرض لوجوب التسليم.

وذكر في "الشامل" أنه لو قال: هذه الدار لي، وأنه يمنعني منهـا، تصـح الدعـوى، ولا يشترط أن يقول: إنها في يده، لأنه يجوز أن ينازعه، وإن لم تكن في يده[٨].

---

(١) هو: محمد بن عبد الوهاب بن عبد الرحمن الثقفي النيسابوري أبوعلي، فقيه زاهـد، واعـظ، ولـد سنة أربع وأربعين ومائتين، وتوفي في جمادى الأولى سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة.
انظر ترجمته: طبقات الشافعية للسبكي ١٩٢/٣، وشذرات الذهب ٣١٥/٢، وطبقات الشـافعية لابن هداية، ص ٦٠.

(٢) "بخلاف" ليست في: أ.

(٣) في: أ، ب، ظ "وادعى".

(٤) انظر: هامش العزيز ١٥٨/١٣.

(٥) انظر: الوجيز ٢٦٠/٢.

(٦) في: أ "يمنع".

(٧) "بالدعوى" ليست في: أ.

(٨) انظر: بهامش العزيز ١٥٨/١٣.

وإذا ادعى و لم يقل للقاضي مرة بالخروج عن حقي، أو سله جواب دعواي ، فهل يطالبه القاضي؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم للعلم بأنه الغرض من الحضور، وإنشاء الدعوى، وهذا أظهر عند ابن الصباغ[١].

والثاني: لا، لأنه حقه فلا يستوفى إلا بسؤاله، واقتراحه كاليمين. وهذا مذهب أبي حنيفة. فيما حكى القاضي[٢] أبوسعد، وذكر أنه الأصح، وأن أصل الوجهين المعاطاة في البيع، والخلاف في أنه إذا جلس بين يدي حلاقٍ، ليحلق[٣] رأسه، فحلق، هل يستحق الأجرة؟.

وعلى الثاني: فطلب[٤] الجواب أيضاً، شرطٌ في صحة الدعوى، وسواء شرطنا هذا الاقتراح من المدعي، أو لم نشترطه[٥]، لكنه اقترحه[٦]، فيمكن أن يقال: يغني ذلك عن قوله: "ويلزمه التسليم إليّ". وإن من شرط التعرض له، شرطه جواباً على أنه لايشترط الاقتراح المذكور من المدعي[٧].

فرع: لايشترط لسماع الدعوى أن يعرف بينهما مخالطة، أو معاملة، ولا فرق فيه بين طبقات الناس، وعن مالك: أنه لاتستمع دعوى الدني على الشريف، إذا لم يعرف بينهما سبب.

وعن الإصطخري: أنه إذا شهدت قرائن الحال بكذب المدعي، لم يلتفت إلى دعواه، مثل أن يدعى الدني استئجار الأمير، أو الفقيه، لعلف دوابه، وكنس بيته، ومثل دعوى المعروف بالتعنت، وجر ذوي الأقدار إلى مجالس[٨] القضاة، واستحلافهم ليفتدوا

---

(١) وهو المذهب. انظر: الروضة ١٢/١٠، ومغني المحتاج ٤/٤٦٨.
(٢) في: ز "حكاه".
(٣) "ليحلق رأسه" ليست في: ب.
(٤) في: أ، ب، ظ "يطلب".
(٥) في: أ، ب "تشترط".
(٦) في: أ "اقتراح"، وفي ز "اقترح".
(٧) في: ب "الدعوى".
(٨) في: ب "مجلس".

بشئ.

آخر: ادعى[١] مالاً معلوماً على إنسان، وأقام[٢] شاهدين على إقراره بشئ أو قالا: نعلم أن له عليه مالاً، ولا نعلم قدره[٣]، فهل تسمع شهادتهما، هكذا؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، ويرجع في التفسير إلى المشهود عليه، كما لو أقر لا يجبهم.

وأشبههما: المنع، لأن من شأن البينة أن تبين، وليست كالإقرار إذ يشترط فيها مالا يشترط في الإقرار.

حكى الوجهين صاحب "التهذيب" في باب "الإقرار"، وذكرهما غيره أيضاً.

وعلى الخلاف ما إذا شهد على[٤] غصب عبدٍ، أو ثوبٍ، ولم يصفاه[٥].

ثالث: عن فتاوى القفال: ادعى عليه دراهم مجهولة، لايسمع القاضي دعواه، ويقول له: بين الأقل الذي تتحققه.

وإن ادعى ثوباً، ولم يصفه أصلاً لم يُصْغ إليه، فإن قال: هو كرباس[٦]، ولم يصفه أَمَرَهُ أن يأخذ بالأقل، وفي هذا أولاً إرشادٌ وضرب تلقين ثم الأخذ بالأقل في قدر الدراهم مستقيم، لكن الأخذ بالأقل من صفة الثوب المدعى عينه، لاوجه له.

[الفصل الثالث: في المسألة الثالثة من مسائل الدعوى: لو قامت حجةعلى المدعى عليه]

(قال [الغزالي]: الثالثة: لو[٧] قامت عليه البينة، فليس له أن يحلّف المدعي مالم

---

(١) في: أ "دعى".

(٢) في: أ "وأقام بينة شاهدين".

(٣) في: أ، ظ "قدرها".

(٤) "على" ليست في: أ.

(٥) وانظر: هامش العزيز ١٣/١٥٩.

(٦) "الكرباس" بكسر الكاف: الثوب الخشن، فارسيٌّ معرب. والجمع: كرابيس". انظر: المصباح ١/٥٢٩.

(٧) في: أ "من".

يقدم دعوى صحيحة، كبيع، وإبراء، فلو ادعى فسق الشهود، وعلم الخصم به، فهل يحلفه؟ فيه وجهان، وكذا لو ادعى أنه أقر لي؟، لأن الإقرار ليس عين الحق، وكذا إذا ادعى من توجه عليه اليمين بأنه قد حلف مرة، وأراد يمينه، ففي كل ذلك وجهان، فإنه ليس بعين الحق، لكن[1] ينفع في الحق، ولا خلاف أنه ليس له تحليف الشاهد، والقاضي، وإن كان ينفع تكذيبهم أنفسهم).

[قال الرافعي]: لو قامت البينة على المدعى عليه، فطلب من القاضي تحليف المدعي علىاستحقاق مايدعيه، لم يجبه إليه، لأنه تكليف حجة بعدم قيام حجة[2]، ولأنه كالطعن في الشهود.

وإن ادعى ابراءً، أو أداءً في الدين، أو بيعاً، أوهبة، وإقباضا في العين، نظر: إن ادعى حدوث شئ من ذلك بعد إقامة البينة، حلف المدعي على نفي مايقوله إن مضى زمان إمكانه، وإلا لم يلتفت إلى قوله.

وإن ادعى جريانه قبل أن يشهد[3] الشهود، فإن لم يحكم القاضي بعد حلف المدعي على نفيه، وإن حكم فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك، لاحتمال مايدعيه، وجواز اعتماد الشهود ظاهر الحال.

والثاني: المنع لثبوت المال عليه بالقضاء.

وذكر في "التهذيب" أن هذا أصح، ويمكن أن يبنى على هذين الوجهين الخلاف في أن تحليف المدعي على الغائب، مستحب، أو واجب؟

إن قلنا: تسمع دعواه بعد الحكم، فهو مستحب.

وإن قلنا: لاتسمع فواجب، كيلا يفوت بالحكم عليه الدعوى، وبالتحليف أن لايجعل الغيبة عذراً مانعاً من الفوات.

---

(١) في: أ "ولكن".

(٢) في: أ "حجته".

(٣) في: أ، ز "شهد".

ولو قال المدعى عليه: أن الشهود فسقة، أو كذبة، وزعم أن الخصم عالم بذلك، فهل له تحليفه على أنه لايعلم؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه لو أقر به لبطلت[١] شهادتهم.

والثاني: لا ويكتفي بظاهر العدالة، وتعديل المزكين، وطرد هذا الخلاف في كل صورة ادعى مالو أقر الخصم[٢] به لنفعه، لكن لم يكن للمدعي عين حق له، كما لو قال المدعى عليه في الجواب: إنه أقر لي بما يدعيه، وكما إذا ادعى على إنسان أنك أقررت لي بكذا، وما إذا توجهت اليمين عليه، فقال: إن المدعي قد حلفني مرة، وأراد تحليفه، وفيما إذا قذف إنساناً، فاريد منه الحد، فادعى[٣] زنا المقذوف[٤]، وأراد تحليفه، ففي وجهٍ: لايسمع شئ من ذلك، ولايمكن من التحليف، ويشبه أن يكون الأظهر الثاني[٥]. ليصدق الخصم فينتفع به، أو ينكل فيحلف، ويؤيده ما مرَّ[٦] من قول الأصحاب: إن دعوى الإقرار بالمجهول صحيحة، وإن جواب الأكثرين[٧] في مسألة القذف أنه يحلف المقذوف على أنه لم يزن، وإن كان المقذوف ميتاً، وأراد القاذف تحليف الوارث على أنه لايعلم زنا مورثه. فكذلك يحلف، وهذه الصورة تحكى عن نص الشافعي - رضي الله عنه - لكن ذكر[٨] صاحب "التهذيب" فيما إذا ادعى فسق الشهود، أو كذبهم، أن الأصح: أنه لايحلف المدعي. والله أعلم.

وأما تحليف القاضي، والشاهد فلا يجوز، وإن كان ينفع[٩] تكذيبهما أنفسهما، لما مر أن منصبهما يأبى التحليف[١٠].

---

(١) في: أ "بطل".

(٢) في: ب، ج "به الخصم".

(٣) في: ب "وادعى".

(٤) في: أ، ظ "المقذوف زنا". وفي ب "وادعى أن المقذوف زنا".

(٥) أي : "التحليف". انظر: الروضة ١٢/١٢.

(٦) أي في ص ٧٢١. وانظر: الروضة ٩/١٢.

(٧) في: ب "الأكثر".

(٨) في: ب "ذكره".

(٩) في: أ "ينتفع بكذبهما".

(١٠) "فلا يجوز قطعاً، لارتفاع منصبهما" ذكره في الروضة ١٢/١٢.

وقد يقال: الضبط الذي ذكروه لصور الوجهين، يقتضي اطرادهما فيما إذا ادعى الأداء، لأنه ليس الأداء[1] في نفسه حقاً له، لكن ينفعه في اندفاع المدعى عنه. والله أعلم.

[الفصل الرابع: في المسألة الرابعة من مسائل الدعوى: من قامت عليه البينة فطلب المهلة]

(قال [الغزالي]: الرابعة لو قال: من قامت عليه البينة: أمهلوني فلي بينة دافعة، أمهل ثلاثة أيام، وقيل: يومٌ واحدٌ. ولو قال: أبرأني فحلِّفوه يحلف قبل أن يستوفي.

ولو قال: أبرأني موكلك، وكذبه استوفى في الحال.

ولو قال: أبرأني عن الدعوى فهذا لايسمع إذ لا معنى للإبراء عن الدعوى).

[قال الرافعي]: إذا قامت البينة على المدعى عليه، وادعى أن المدعي باع منه العين المدعاة[2] أو باعها من بائعه، أو ادعى أنه أبرأ عن الدَّيْن المدعى، وأنكر المدعي[3]، فلا يخفى أن القول قوله، وإن المدعى عليه مدعٍ فيما يذكره، محتاجٍ إلى البينة، فإن استمهل ليأتي[4] بالبينة، أمهل ثلاثة أيام، لأن هذه مدة قريبة، لايعظم الضرر فيها، ومقيم البينة يحتاج إلى مثلها، لاستيثاق الشهود، والفحص عن غيبتهم، وحضورهم واستحضار الغائب منهم.

وقد ذكرنا في باب "القضاء على الغائب"[5] نحو ذلك. وعن القاضي الحسين[6]: وجه آخر: أنه لايمهل أكثر من يوم واحدٍ. وهذا يقتضي أن يعلم قوله في ذلك الباب "ويمهل ثلاثة أيام" بالواو.

---

(١) في: أ "للأداء . . . حق له".

(٢) في: ز "العين المدعاة منه".

(٣) "وأنكر المدعى" ليست في: أ. و "المدعي" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: أ "الثاني".

(٥) وانظر: الوجيز ٢/٢٤٦، والروضة ١١/١٩٤ و ١٩٥.

(٦) "الحسين" ليست في: ز.

ولو ادعى الإبراء، و لم يأت ببينة، وقال[١]: حلفوه أنه لم يبرئني، فيجاب إليه، ولا يكلف توفية الدين أوّلاً. وعن القاضي وجه: أنه يستوفى منه الدين أولاً، ثم إن شاء حلف، فإنها[٢] دعوى جديدة. والظاهر الأول، وليس كما إذا قال لوكيل المدعي[٣]: أبرأني موكلك حيث يستوفى الحق منه، ولا يؤخر إلى حضور الموكّل، وحلفه لِعِظم الضرر في التأخير، وهاهنا التحليف متيسر في الحال، وكان[٤] التعرض لدعوى إبراء الموكل هاهنا الإشارة إلى الفرق، وإلا فقد ذكر المسألة مرة في القضاء على الغائب[٥].

ولو قال: أبرأني عن هذه الدعوى، فهل[٦] يسمع، ويحلف المدعي؟ فيه وجهان عن الإصطخري.

أحدهما: نعم، ويحلف أنه لم يبرئ.

والثاني: المنع، لأن الإبراء عن نفس الدعوى، لامعنى له إلا بتصوير صلح عن الإنكار، وأنه باطلٌ، وهذا ما أورده في الكتاب، واختاره القفال.

وادعى الروياني في "التجربة"[٧] أن المذهب الأول، ووجّه بأنه لو أقر أنه لادعوى له عليه برئ.

فرع: مدعي الدفع إن قال: قضيت، أو أبرأني، فذاك، وإن أطلق، فقال: لي بينة دافعة، كما هو لفظ الكتاب، فيشبه أن يستفسر[٨]، لأنه قد يتوهم ماليس بدافعٍ دافعاً، إلا أن يعرف فقهه، ومعرفته، وإذا عين جهة، و لم يأتي بالبينة عليها، وادعى عند انقضاء مدة المهلة، جهة أخرى واستمهل، فما ينبغي أن يجاب، وإن ادعى في المدة، أو في آخرها

---

(١) في: أ "وقالوا".

(٢) في: أ، ب، ظ "فإنه".

(٣) في: أ "الوكيل للمدعي" وفي ز "للوكيل المدعي".

(٤) في: ز "فإن".

(٥) وانظر: الوجيز ٢/٢٤٣، والروضة ١١/١٧٦.

(٦) في: أ "يحلف ويسمع".

(٧) في: ز "البحر".

(٨) في: أ "يستسر". وفي ظ : "يستقر".

جهة أخرى وأقام البينة عليها، وجب أن تُسمع[١].

[الفصل الخامس: في المسألة الخامسة: في دعوى النكاح والبيع، وسائر العقود]

(قال [الغزالي]: الخامسة: ينبغي[٢] أن يدعي في النكاح أنه تزوجها بولي وشاهدي عدلٍ، ورضاها، فإن أطلق فالنص أنه لايسمع، وفي البيع يسمع.

وقيل: قولان، بالنقل والتخريج. ولو قال: هي زوجتي كفاه الإطلاق على الصحيح، ودعوى القصاصُ لابد من تفصيلها، ولابد من أن يدعي بيعاً صحيحاً، فيذكر الصحة).

[قال الرافعي]: الدعوى أنواع منها: دعوى الدَّم، ولابد فيها من التفصيل على ماهو مبين في القسامة[٣].

ومنها: دعوى النكاح، والبيع، وسائر العقود.

قال الشافعي رضي الله عنه: "ولو ادعى أنه نكح امرأة، لم أقبل منه حتى يقول: نكحتها بولي وشاهدي عدل"[٤] والأصحاب فيه مختلفون / ، فمنهم من اكتفى في ٥٥٣/ز دعوى النكاح بالإطلاق، ولم يشترط التعرض لهذا التفصيل، كما يُكتفى في دعوى استحقاق المال بالإطلاق، وكما أنه لايجب في دعوى النكاح التعرض لعدم الموانع كالردة، والعدة، والرضاع، وحمل هؤلاء نصه على الاستحباب، والتأكيد.

ومنهم من قال: إن ادعى ابتداء النكاح، وجب التفصيل، وإن ادعى دوامه لم يجب، لأن الشروط لاتعتبر في الدوام، وبه قال: أبوعلي الطبري.

وأخذت عامة الأصحاب بظاهر النص، وأوجبوا التفصيل، والتعرض للشروط، سواءً كان المدعي ابتداء نكاح، أو دوامهُ، لأن أمر الفروج مبني على الاحتياط، كأمر[٥]

---

(١) في: ظ "يستمع".

(٢) "ينبغي" ليست في: ا.

(٣) انظر: الوجيز ١٦٢/٢، والعزيز ١٢/١١ وما بعدها.

(٤) انظر: المختصر ص ٣١٤، وتتمة المسألة " ... ورضاها، فإن حلفت برئت، وإن نكلت حلف، وقضي له بأنها زوجة له". وانظر: الحاوي ٣٣٣/٢١.

(٥) في: أ "كما".

الدماء، والوطء المستوفى لايتدارك كالدم المهراق[١].

وأما استشهاد الأولين بدعوى استحقاق المال، فإن كان المدعي نفس المال، فإنما اكتفى بالإطلاق، لأن الأسباب التي يستحق بها المال، تكثر، وتتكرر، وفي ضبط الأقدار الحاصلة بتلك الأسباب حرج[٢] شديد، فأغنى عنه، بخلاف النكاح.

وإن كان المدعي عقداً يرد على المال، كالبيع، والهبة، والإجارة فثلاثة أوجه:

أحدها: وينسب إلى ابن سريج، أنه لابد من التفصيل، والتعرض للشرائط كالنكاح.

والثاني: الفرق بين أن يتعلق العقد بجارية، فيجب التفصيل احتياطاً للبضع. وبين أن يتعلق بغيرها، فلا يجب.

والثالث: وهو الأصح[٣]: أنه لاحاجة إلى التفصيل، لأن المقصود المال، والعقود المالية أخفُّ حكماً[٤] من عقد النكاح، ولذلك لايُشترط فيها الاشهاد، وإن تعلق العقد بجارية، والنكاح بخلافه.

وأما أنه لايجب التعرض للموانع، ففيه نزاعٌ، لأن الشيخ أبا عاصم، روى عن الأستاذ أبي طاهر: أن محمد بن إبراهيم العبدي[٥]، من أصحابنا أوجبهُ. والصحيح التسليم.

وفرقوا: بأن الشروط يعتبر وجودها ليصحَّ العقد، والموانع يعتبر عدمها، والأصل العدم، فاكتفى به، ولأن الموانع كثيرة، وعدُّها عسيرٌ[٦].

التفريع: إن شرطنا التفصيل في النكاح: فيقول: نكحتها بولي وشاهدين،

---

(١) انظر: بهامش العزيز ١٣/١٦٣ و ١٦٤.

(٢) "حرجٌ" ليست في: أ.

(٣) انظر: الروضة ١٢/١٤. حيث قال "ونقله ابن كج عن النص. لايشترط مطلقاً"، وانظر: مغني المحتاج ٤/٤٦٥ و ٤٦٦.

(٤) في: أ "كما".

(٥) في: أ، ب، ظ "عن الأستاذ أبي محمد بن إبراهيم".

(٦) في: ز "عشر".

والأشهر: أنه لابد من وصفهم بالعدالة قالوا: وإنما لم يتعرض الشافعي - رضي الله عنه - لعدالة الولي في النص المنقول في أول الفصل، بناءً على أن الفاسق ليس بولي، أو أراد ردَّ لفظ العدل إلى الولي والشاهدين جميعاً.

وحكى ابن الصباغ وجهاً آخر: أنه لا حاجة إلى التعرض للعدالة[١]، وقياس وجوب التعرض للعدالة، وجوب التعرض لسائر الصفات المعتبرة في الأولياء، ولا يجب تعيين الشاهدين.

والمفهوم مما أورده الأئمة حكماً، وتوجيها، أنه لا حاجة إلى تعيين المولي أيضاً، والفرض أن يعترف أن النكاح، لم يعر[٢] عن الولي والشهود، ولابد من التعرض لرضا المرأة إن كانت ممن تزوَّج برضاها.

وفي نكاح الأمة، هل يشترط التعرض للعجز، عن الطول، ولخوف العنت؟.

قال في "الشامل" فيه وجهان: أقيسهما: الاشتراط.

وإذا شرطنا التفصيل في دعوى البيع، ذكروا أنه يقول: تعاقدناه، بثمن معلوم، ونحن جائزا الأمر، وتفرقنا عن تراض، ويشترط في الشهادة على النكاح التفصيل، إذا قلنا باشتراطه في دعوى النكاح.

وفي فتاوى القفال: أنه يجب أن يقولوا[٣] بعد تفصيل النكاح من ابتدائه، ولا نعلم أنه فارقها، أو: وهي اليوم زوجته.

والإقرار بالنكاح يكفي فيه الإطلاق، وإن كفى الإطلاق في الشهادة والدعوى، وإن شرطنا التفصيل فيهما، ففي الإقرار، وجهان، في "الوسيط".

أظهرهما: الاكتفاء بالإطلاق، والفرق أن المقر لايقر إلا عن تحقيق، وتثبتٍ.

---

(١) نقل في مغني المحتاج ٤/٤٦٦ عن الزركشي الآتي "وينبغي الاكتفاء بقوله "وشاهدين" بغير وصفهما بالعدالة، فقد ذكروا في النكاح، أنه لو رفع نكاح عُقِدَ بمستورين إلى حاكم لم يُنقض". وانظر: الروضة ١٢/١٤.

(٢) أي "يخل" انظر: الروضة ١٢/١٤.

(٣) في: ز "يقول".

وفي الشهادة على إقرارها[١]، لايشترط أن يقولوا[٢]: ولا نعلم، أنه فارقها.

ولتكن الشهادة على البيع، والإقرار إذا أوجبنا التفصيل في البيع على قياس ماذكرنا في النكاح، ونقلوا في اشتراط تقييد النكاح، والبيع المدعيين بالصحة، وجهين: وجه الاشتراط، وقوع الاسم على الصحيح والفاسد.

ووجه الثاني: انصراف المطلق إلى[٣] الصحيح، وبالأول أجاب صاحب الكتاب.

وذكر في "الوسيط" أن الوجه القطع باشتراطه في النكاح، وأشار إلى أن الوجهين مفرعان على قولنا: إنه لايشترط تفصيل الشرائط[٤]، وإيراد القاضي أبي سعد يقتضي اطرادهما، مع التفصيل ليتضمن[٥] ذكر الصحة نفي الموانع.

وقوله في الكتاب: "فالنص أنه لايسمع" ليعلم بالحاء، والألف، لأن عندهما: تسمع، ولا حاجة إلى التفصيل.

وقوله "في البيع يسمع" يُشعِر ظاهره بأن النص في البيع أو السماع، وبأن الأصحاب تصرفوا في النصين تقريراً من[٦] البعض ونقلاً، وتخريجاً من البعض على المعهود[٧] في مسائل النقل، والتخريج.

لكن الكتب المشهورة ساكتةٌ عن ذلك، نعم في كتاب القاضي ابن كج: أن نصه في البيع، ونحوه جواز الإطلاق.

وقوله: "ولو قال: هي زوجتي كفاه الإطلاق" هذه صورة الدوام، وترجيح الإكتفاء بالإطلاق لايوافق اختيار المعظم.

وقوله "فلابد وأن يدعي بيعاً صحيحاً، فيذكر الصحة" مُعلمٌ بالواو.

---

(١) في: أ "إقرارهما".
(٢) في: ز "يقول".
(٣) في: ز "على".
(٤) في: ز "تفصيل للشرائط.
(٥) في: أ "ليضمن".
(٦) في: ز "في".
(٧) في: ب "على المشهور".

واعلم أن دعوى النكاح تارة تكون على المرأة، وأخرى على الولي، إذا كان مجبراً، كما بيناه في باب النكاح، في مسألة: تزويج الوليين من شخص، وذكرنا هناك: أن الأئمة قالوا: إن ادعى كل واحدٍ من الزوجين سبق نكاحه[١].

وأعلم[٢] المرأة به، فيبنى على أن إقرار المرأة بالنكاح، هل هو مقبول؟

إن قلنا: إنه غير مقبول، فلا تسمع دعواهما، لأن غايتها أن تقر، وإن قلنا: إنه مقبول[٣]، وهو الصحيح فتسمع[٤]، وهذا يقتضي أن يكون سماع دعوى النكاح على المرأة أبداً مخرجاً على ذلك الخلاف، / وكأنهم لم يذكروه هاهنا اقتصاراً ٥٤٨/ز على الصحيح[٥][٦] والله أعلم.

[الفصل السادس في المسألة السادسة من مسائل الدعوى: في دعوى المرأة الزوجية]

(قال [الغزالي]: السادسة: دعواها الزوجية لاتسمع على الأصح مالم يتعرض لمهرٍ أو نفقة، فإن قلنا: يسمع فهل تندفع[٧] بمجرد إنكاره؟ فيه خلاف مأخذه أن الإنكار طلاقٌ أم لا حتى لو رجع بعد ذلك يسلم الزوجة إليه؟ فيه خلاف).

[قال الرافعي]: دعوى المرأة النكاح، إما أن يقترن بها طلب حقٍ من حقوق النكاح، كصدقٍ، ونفقةٍ، وقَسْمٍ، وميراثٍ بعد موته، فهي مسموعةٌ لامحالة.

وإما أن لايقترن، وتتمحض دعوى الزوجية، ففي سماعها وجهان.

أحدهما: المنع، لأن بقاء النكاح حقٌّ للزوج عليها، فكأنها تدعي كونها رقيقة، وهذه دعوى غير ملزمة.

---

(١) انظر: الوجيز ٢/٨ و ٩. والعزيز ٨/٤ وما بعدها.

(٢) في: ب، ظ "وعلّم".

(٣) من قوله "إن قلنا: إنه غير مقبول ...: إنه مقبول" ليست في: ز.

(٤) "فتسمع" ليست في: ز.

(٥) في: ز "دعوى"/

(٦) انظر: الروضة ١٢/١٥، ومغني المحتاج ٤/٤٦٦.

(٧) في: ج "قلنا تندفع فهل تسمع".

والثاني: أنها تسمع، لأن النكاح، وإن كان حقاً له فهو مقصود لها من تعلق حقوقٍ فيثبته، ويتوسل به إلى تلك الحقوق.

وذكر صاحب الكتاب هاهنا[١]: أن الأول أصح، والأئمة جانحون إلى ترجيح الثاني.

وكذلك فعل صاحب الكتاب[٢] في "الوسيط" في باب النكاح، فإن سمعنا دعواها، نظر إن سكت المدعى عليه، وأصر على السكوت، أقامت البينة عليه، وإن أنكر فإنكاره طلاق أم لا؟ فيه وجهان. كما ذكرنا فيما إذا جرى نكاحٌ، ثم قال: الزوج: كان الشاهدان فاسقين، وأنكرت المرأة، والأصح منهما على ماذكره الإمام أنه ليس بطلاق، فإن جعلنا إنكاره طلاقاً سقط مايدعيه، ولها أن تنكح زوجاً غيره[٣].

ولو رجع عن الإنكار، وقال: غلطت في الإنكار، لم ينفعه الرجوع، وإن لم يجعله طلاقاً، فإنكاره كسكوته حتى يقيم البينة عليه.

ولو رجع قبل رجوعه، وسُلِّمت الزوجة إليه، وهذا ما اختاره القفال، وشبهه[٤] بما إذا قالت: انقضت عدتي قبل الرجعة، ثم قالت[٥]: غلطت وسلمت صحة الرجعة، فإنه يقبل رجوعها، ولو لم تكن بينة، وحلف الرجل، فلا شئ عليه، وله أن ينكح أختها، وأربعاً سواها، وليس لها أن تنكح زوجاً غيره، إذا لم نجعل الإنكار طلاقاً.

وإن ارتفع النكاح ظاهراً، إلى أن يُطلقها، أو يموت. قال في "التهذيب": "يفسح بإعسارة، أو لامتناعه، إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكناً من الفسخ، وليكن هذا مبنياً على أن للمرأة[٦] أن تفسخ بنفسها، أما إذا أحوجناها إلى القاضي، فما لم يظهر له النكاح، كيف يفسخ، أو يأذن في الفسخ. وينبغي أن يرفق الحاكم به حتى يقول: إن

---

(١) "هاهنا" ليست في: أ، ب، ظ.
(٢) في: ز "نقل في الوسيط".
(٣) انظر الوجيز ٢/٢٦١ والوسيط ٥/٥٩.
(٤) في: أ "وشهد".
(٥) في: أ "وقال".
(٦) في: أ "المرأة".

نكحتها فقد طلقتها ليحل[١] لها النكاح، فإن نكل الرجل حلفت هي، واستحقت المهر والنفقة.

فرعان: عن "التهذيب"[٢] وغيره.

أحدهما: امرأة تحت رجلٍ، ادعى آخر أنها زوجته، فالصحيح: أن هذه الدعوى عليها، لا على الرجل، لأن الحرة لاتدخل تحت اليد.

ولو أقام كل واحدٍ منهما بينة، لم تُقدم بينة من هي تحته، بل هما كاثنين أقام كل واحد منهما بينة، على نكاح خلية، فينظر: إن كانتا مؤرختين بتاريخ واحدٍ، أو مطلقتين، فقد تعارضتا، ولايجئ قولا القرعة، والقسمة.

وإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين، قدمت البينة على التي سبق تاريخها، بخلاف ما إذا كان التعارض في الأملاك، ففي الترجيح بالسبق قولان، لأن الانتقال، وتداول الأيدي غالب في الأموال، دون المنكوحات.

ولو قامت بينة أحدهما على النكاح، وبينة الآخر على إقرارها بالنكاح، فالأولى أولى، كما لو أقام هذا بينةً على أنه غصب منه كذا، وآخر بينة على أنه أقر بذلك، فإن أقرت لأحدهما، فعلى ماذكرنا فيما إذا زوجها وليان من شخصين، وادعى كل واحد منهما[٣] سبق نكاحه.

الثاني: ادعت[٤] امرأة ذات ولدٍ، أنها منكوحة، وأن الولد منه وسمعنا دعوى النكاح منهما، فإن أنكر النكاح، والنسب، فالقول قوله مع اليمين، وإن قال: هذا ولدي من غيرها، أو اقتصر على قوله هذا ولدي، لم يكن مقراً بالنكاح. وإن قال: هو ولدي منها، وجب المهر، لأن الاعتراف بالنسب اعتراف بالإصابة ظاهراً، والإصابة[٥] تقتضي المهر.

---

(١) في: أ "لتحمل".
(٢) انظر: ٨/٣٢٩.
(٣) "منهما" ليست في: أ.
(٤) في: أ "ادعى".
(٥) في: أ "الأصلية" وهذا خطأ.

وإن أقر بالنكاح، فعليه المهر، والنفقة، والكسوة.

فإن قال: كان نكاح تفويضٍ، فلها مطالبته بالفرض، إن لم يجر دخولٌ وإن جرى فقد وجب المهر بالدخول، فلا[١] معنى لإنكاره.

[الفصل السابع: في المسألة السابعة من مسائل الدعوى: في دعوى العبد أنه حر الأصل]

(قال [الغزالي]: السابعة: العبد إذا ادعى أنه حرُ الأصل، صدق بيمينه، وإن ادعى الإعتاق، فعليه البينة، والصغير المميِّز، هل تقبل دعواه الحرية؟ فيه وجهان:

فإن قلنا: لاتسمع، فالصحيح، أنه إذا بلغ تسمع، وصدق بيمينه، ولا تأثير لليد، ولا لإبطال[٢] الدعوى السابقة، ويجوز شراء العبد البالغ اعتماداً على ظاهر اليد مع سكوت العبد، وقيل: لابد من إقراره).

[قال الرافعي]: من ادعى رق بالغٍ، وقال البالغ: أنا حر الأصل، فالقول قوله[٣]، وعلى المدعي البينة، ولافرق بين أن يكون إنكاره مسبوقاً باستخدام المدعي، وتسلطه عليه، أو لايكون، ولا بين أن تتداوله الأيدي ويجري عليه البيع والشراء مراراً، وبين أن لايكون كذلك، فإن كان قد اشتراه من غيره، وحلف على نفي الرق، فهل يرجع المشتري على بائعه بالثمن. هذا سنذكره في المسألة الرابعة من الركن الثاني.

فإن قال البائع لمن[٤] في يده: إنك أعتقتني، أو أعتقني من باعني منك فيطالب بالبينة.

---

(١) في: ب "ولا".

(٢) في: أ "ولا إبطال".

(٣) انظر: بهامش العزيز ١٣/١٦٨، حيث ورد "وهذا نص عليه الشافعي في الأم"
وقال الإمام: في باب الدعوى على مذهب أبي حنيفة: إنه لم يختلف أصحابنا في ذلك، لأن ظاهر الدار الحرية وهي الأصل، فمدعيها متمسك بالأصل، والظاهر، لكن في "روضة الحكام" لشريح الروياني عن بعض أصحابنا: أن المذهب أن القول قول ذي اليد، وعلى المشهور، فإنا لم نجعل ليد مُدعي رق البالغ أثراً، لأن اليد إنما تدل على الملك فيما هو مال في نفسه، والنزاع هاهنا في مالية الشخص، والأصل انفكاكه عن المالية. كذا قرره في "البسيط".

(٤) "لمن" ليست في: ز.

ومن ادعى رقَّ صغير، فإن لم يكن في يده، لم يصدق إلا ببينةٍ، وإن كان في يده، نظر: إن أسندت إلى التقاط، فكذلك الحكم[١] في أصح القولين.

والثاني: أنه يقبل قوله، ويحكم له بالرق، وإن لم يعرف استنادها إلى الالتقاط، فيصدق، ويحكم له / ، كما إذا ادعى الملك في دابة أو ثوب في يده، فلو كان الصغير مميزا، وأنكر[٢]، فهو كإنكار البالغ[٣]، حتى يحتاج مدعي الرق، إلى البينة أو لا عبرة[٤] بإنكاره، كما لو كان غير مميز، حتى يُحكم برقه؟ فيه وجهان: أصحهما: الثاني. ٥٥٥/ز

وإذا جرينا على قول المدَّعى، ثم بلغ الصغير، وأنكر الرق، فهل يحتاج المدعي إلى البينة، ويصدق منكر الرق إذا لم تكن بينة، أو يستمر الرق، إلا أن تقوم بينةٌ على حريته؟ فيه وجهان: أصحهما: الثاني.

وكل ذلك مذكور بالشرح في "باب اللقيط"[٥]. ولافرق بين أن يدعي في الصغير[٦] ملكه، ويستخدمه، ثم يبلغ: وينكر، وبين أن يتجر الاستخدام، والاستئجار، إلى البلوغ، ثم يدعي ملكه ويستخدمه[٧] في جريان الوجهين.

كذلك ذكره[٨] القاضي الروياني، وغيره، واليد[٩] على البالغ المسترق، وإن لم يُغْنِ عن البينة عند إنكاره، فهي غير ساقطة الاعتبار بالكلية، بل يجوز الاعتماد عليها في الشراء، وإن سكت المسترق اكتفاء بأن الظاهر، أن الحر لايسترق.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه كما لا يجوز شراؤه مع الإنكار للرق، لايجوز شراؤه مع سكوته، بل يسأل أولاً، فإن أقر اشترُي.

---

(١) في: أ "فالحكم كذلك".
(٢) في: أ "فأنكر".
(٣) في: أ "البايع".
(٤) في: أ " لاغيره".
(٥) في: ز " في باب اللقيط بالشرح" . وانظر: الوجيز ٢٥٨/١.
(٦) في: أ "الصغر".
(٧) في: ز "وينكر المستخدم".
(٨) في: أ "ذكر".
(٩) في: ز "والتدعى" وهو خطأ.

وقوله في الكتاب "والصغير المميز، هل تقبل دعواه الحرية" أي: هل يؤثر كلامه حتى يحتاج مدعي الرق إلى البينة؟ أو يجعل لغواً؟ وقد يبنى الوجهان على الخلاف في صحة إسلامه، وتدبيره.

وقوله "فالصحيح أنه إذا بلغ سمعت دعواه[1] وصدق بيمينه" يعني أنه يعتبر إنكاره حينئذٍ، فيحتاج المدعي إلى البينة، فإن لم تكن بينة حلف وحكم بحريته.

وهذه المسألة مكررة، قد ذكرها مرة في كتاب "اللقيط"، لكنه أرسل ذكر الوجهين، هناك، وهنا، ورجح اعتبار إنكاره، وتصديقه بيمينه، والأرجح عند أكثرهم[2] خلافه.

وقوله: "لاتأثير لليد"[3] أي: ليد المدَّعِي، ولا لإبطال الدعوى السابقة الجارية في حال التمييز.

[الفصل الثامن: في المسألة الثامنة من مسائل الدعوى: في سماع الدعوى بالدين المؤجل]

(قال [الغزالي] الثامنة: الدعوى بالدين المؤجل، فيه وجهان، لأنه لايلزمه شئٌ في الحال، ودعوى الاستيلاد تسمع، ودعوى التدبير، وتعليق العتق بصفةٍ كالدين المؤجل).

[قال الرافعي] في سماع الدعوى بالدين المؤجل، وجهان:

أحدهما: المنع، لأنه لايتعلق بها إلزام في الحال، ومطالبةٌ.

والثاني: تسمع، ليثبت في الحال، ويطالب في الاستقبال، وقد يموت من عليه فتتعجل الطلبةٌ، وبهذا أجاب بعض أصحاب الإمام.

والأول هو الجواب في فتاوى القفال. وذكر القاضي أبوسعدٍ الهروي: أنه الأصح.

---

(١) "دعواه" ليست في: أ، ب.

(٢) في: أ "أكثر".

(٣) في: أ "ليد المدعي".

وفيه وجه ثالث: وهو أنه إن كانت له بينةٌ فتسمع دعواه، ليسجل، فيأمن غيبتها، وموتها، وإن لم يكن، فلا تسمع، وفي دعوى الجارية، الإستيلاد والرقيق، والتدبير وتعليق العتق بالصفة[(١)] فيه طريقان:

أحدهما: أنها تسمع، لأنها حقوقٌ ناجزةٌ ترتبط بها الدعوى.

والثاني: أنها على الخلاف في دعوى الدين المؤجل، لأن المقصود منها، العتق في المستقبل[(٢)]، والاستيلاد، أولاها بأن تسمع دعواه، للتنجُّز آثاره من امتناع البيع، والرهن[(٣)]، وغيرهما.

وكذلك[(٤)] اختار[(٥)] في "الكتاب" [وفي الاستيلاد بالطريقة الأولى][(٦)].

وفي التدبير، وتعليق العتق، طريقة التخريج[(٧)]، على الخلاف في الدين المؤجل.

[وليكن كل واحدٍ منهما مُعَلماً بالواو، للطريقة الأخرى.

قال الإمام: وإنما ينتظم الخلاف في التدبير][(٨)]، إذا لم نجوز الرجوع عن التدبير، فإن جوزناه، فإنكار السيد رجوعٌ يبطل مقصود المدعي[(٩)].

فروع: من ادُّعى عليه دينٌ مؤجلٌ قبل المحل، فله أن يقول: في الجواب: لايلزمني دفع شئ إليك الآن، ويحلفُ عليه، وهل له أن يقول: لاشئ عليَّ مطلقاً؟ عن القفال: فيه وجهان مبنيان على وجهين ذُكرا في أن الدين المؤجل، هل يوصف قبل الحلول بالوجوب[(١٠)]؟.

---

(١) "بالصفة" ليست في: ز.
(٢) في: ز "الاستقبال".
(٣) في: ز "الرهن والبيع".
(٤) في: ب "لذلك".
(٥) في: أ "اختاره".
(٦) [وفي الاستيلاد بالطريقة الأولى]. ليست في: ز.
(٧) في: ز "طريقة على الخلاف".
(٨) من قوله "وليكن كل ... في التدبير" ليست في: أ، ب، ظ.
(٩) ورد بهامش العزيز ١٧١/١٣ "قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج محل المنع ما إذا كانت الدعوى بالمؤجل على طريق الاستقلال، فأما لو كانت على سبيل التبعية ، فإنها تسمع، وذلك في مواضع ..." ولمزيد من الاطلاع على تلك المواضع يراجع هامش العزيز ١٧١/١٣.
(١٠) ورد بهامش العزيز ١٧١/١٩ "سكت المصنف عن الترجيح، وقال في الخادم: المذهب المنع ...".

وعنه:أن من أقيم عليه البينة بألفٍ، فقال: عليَّ ألفٌ، لكنه مؤجلٌ، فحلّفوه أنه معجَّلٌ، فقد سقط أثر الشهادة.

وهذا شخص أقر لغيره بدين مؤجل، ففي قبول قوله في الأجل: قولان: إن قبلناه، فله تحليف المدعي على نفي الأجل[1].

[الفصل التاسع: في المسألة التاسعة من مسائل الدعوى: لو سلم ثوباً إلى دلال ليبيعه]

(قال [الغزالي]: التاسعة: لو سلم ثوباً قيمته خمسة [إلى دلال ليبيعه[2] بعشرةٍ فجحده فله أن يقول: لي عليه ثوب إن تلف فعليه خمسة، وإن باع فعليه عشرة، وإن كان[3]] قائماً فعليه رد الثوب، ويقبل مع التردد للحاجة، وقيل[4] ينبغي أن يعين كل قسم في دعوى، ثم إذا نكل عن واحدٍ فله أن يستدل بنكوله على كذبه فيحلف فيه وجهان).

[قال الرافعي] مسألة الدلال هذه قد ذكرناها مع أختها التي أوردها في الكتاب في آخر الركن الرابع من باب "القضاء على الغائب"[5] وهي أن يتردد في بقاء العين، ولا ندري أيطالب بالعين، أو بالقيمة؟ وبينا أن أقرب الوجهين: أنه يجوز أن يدعي على الشك[6]، فيقول: غصب مني كذا. فإن بقي، فعليه رده وإلا قيمته[7]، أو مثله[8]، ويقول في هذه المسألة: أخذ مني ثوباً، فعليه رده، أو ثمنه[9].

---

(١) ورد بهامش العزيز ١٧٢/١٣ "قال في القوت: هكذا وقع في كتاب الرافعي على كثرة نسخه، وفيه خلل وهو أنه يقال: إن قلناه فالقول قوله مع يمينه، وإلا فله تحليف المدعي على نفي الأجل"

(٢) في: ب، ظ "ليبيع".

(٣) من قوله "الى دلال ... وإن كان" ليست في: أ.

(٤) في: أ "وهل".

(٥) انظر: الوجيز ٢٤٥/٢، والروضة ١٨٩/١١.

(٦) في: أ "التمثيل".

(٧) في: أ "وقيمته".

(٨) "أو مثله" ليست في: أ.

(٩) في: أ، ظ "أوقيمته"، ومن هنا سقط من نسخة ب.

والوجه الثاني: أنه لابد في الدعوى من طلب جازم، فيفرد لكل واحدٍ من المطالب دعوى برأسها. فإن قلنا بالأول، فإذا أنكر المدعى عليه، ولا بينة فيحلف على[١] نفي الجميع، وإن نكل وردت اليمين، على المدعي، فيحلف على التردد، كما إذا[٢] ادعى على التردد، أم لابد في الحلف من التعيين؟.حكى الإمام فيه وجهين:

وإن قلنا: نفرد لكل مطلب دعوى، فإذا ادعى ما رآه أقرب، ونكل الخصم، فنكوله يؤكد ظن المدعى بكذبه، فهل له أن يحلف اليمين المردودة بذلك؟ فيه وجهان:

أشبههما: / نعم، استدلالاً بنكوله على كذبه، كما يستدل بخط أبيه. وأُجرى ٥٥٦/ز
الوجهان فيما إذا أنكر[٣] المودع التلف وتأكد[٤] ظنه بنكول المودِع، هل يحلف اليمين المردودة؟

وفي فتاوى القفال: أنه لو ادعى عليه ثوباً فقال: كان في يدي، وقد هلك فأغرم القيمة، فقال المدعي للحاكم: قد أقر بالثوب، فحلفه أنه لايلزمه تسليم الثوب إلى حِلِفِه، فإن حلف قَنَعَ منه بالقيمة، وإن نكل، وحلف المدعي على بقاء الثوب، وطولب بالعين. وا لله أعلم.

---

(١) قوله "فيحلف على نفي ... على المدعي: ليست في: ظ.

(٢) "إذا" ليست في: ز، ظ.

(٣) في: أ "أنكره".

(٤) في: ز ، ظ "فيأكد".

[فصل: في كيفية جواب المدعى عليه]

(قال [الغزالي]: الركن الثاني: جواب المدعى عليه، وهو إقرار وإنكار، إذ السكوت كالإنكار، وقوله: لي عن دعواك مخرجٌ، أو لفلان عليَّ أكثر مما لك استهزاءٌ وليس بإقرار).

[قال الرافعي]: المدعى عليه: إما أن يجيب بالإقرار، أو بالإنكار، أو يسكت. وإنما قال: السكوت كالإنكار، لأن المدعى عليه إذا أصر على السكوت جعل كالمنكر الناكل. وترد اليمين على المدعي، فهو في الحكم كالإنكار[١]، والكلام في الإقرار وصيغته ما مر في "باب الإقرار"[٢].

وقول المدعى عليه: لي عن دعواك مخرجٌ، ليس بإقرار، لجواز[٣] [أن يريد المخرج بالإنكار.

وكذا قوله: لفلان عليَّ أكثر مما لك، ليس بإقرار للمخاطب[٤]، بما ادعاه، لأنه يحتمل أن يريد الاستهزاء، وأيضاً يحتمل أن يريد لفلان عليَّ حرمة، وحق أكثر مما لك. وقد ذكر القاضي[٥] أبوسعد: أنه لو قال: لك علي أكثر مما ادعيت، لم يكن إقرارا،[٦] لاحتمال أن يريد: لك من الحق عندي مايستحق له أكثر مما ادعيت. وكما لايكون قوله: لفلان عليَّ أكثر مما لك، إقرارٌ للمخاطب، فلا يكون إقراراً لفلان أيضاً، لاحتمال[٧] أن يريد معنى الحق، والحرمة.

---

(١) انظر: العزيز ١٣/١٧٣ هامش(١).

(٢) انظر: الوجيز ١/١٩٥و ١٩٦، والعزيز ٥/٢٩٦، وما بعدها. والروضة ٤/٣٧٤.

(٣) في: أ، ظ "يجوز".

(٤) في: أ "للخاطب".

(٥) "القاضي" ليست في: ز.

(٦) في: أ "الإقرار".

(٧) من قوله: أن يريد لك ... لاحتمال" ليست في: ز.

نعم لو قال لفلان مال أكثر مما ادعيت، فهذا يكون إقراراً لفلان، إلا أن يقبل تفسيره، بما دونه في القدر، تنزيلاً على كثرة التركة، أو الرغبة على ما أوضحناه في الإقرار[١].

وقوله في الكتاب: "استهزاءٌ وليس بإقرار". أي يحتمل الاستهزاء[٢]. ولا شك أنه لو فسره بما هو إقرار، يكون إقراراً.

ولو قال: الحق حق أن يؤدى، لم يكن إقراراً للمعنى[٣]، حيث يكون، أما أنا فساحتي بريئة.

[فصل: في المسألة الأولى من مسائل جواب المدعى عليه. لو قال لي عليك عشرة]

(قال [الغزالي]: وفيه مسائل الأولى: لو قال لي عليك عشرة، فقال: لاتلزمني العشرة، لم يكف اليمين مطلقاً، بل يحلف أنه ليس عليه عشرة، ولا شيءٌ منها[٤]، فإن اقتصر، كان ناكلاً عن اليمين[٥] فيما دون العشرة، وللمدعي أن يحلف على عشرة إلا شيء، إلا إذا أضاف إلى عقد ثان[٦]، بأن قالت[٧]: نكحتني بخمسين، فأقرَّ أنه نكح لا بالخمسين[٨]، فلا يمكنها الحلف على مادون الخمسين لمناقضة الدعوى). ز/١٥٥٦

[قال الرافعي] إذا ادعى عشرة على إنسان، فقال: لا تلزمني العشرة، لايكون هذا جواباً تاماً، وإنما الجواب التام[٩] أن يضيف إليه، ولا شيءٍ منها، أوْ لا بعضُها، وهكذا يحلف، لأن مدعي العشرة، مدع لكل جزءٍ منها، فلابدَّ وأن يطابق[١٠] الإنكار واليمين

---

(١) انظر: الوجيز ١٩٧/١، والعزيز ٢٩٩/٥، والروضة ٣٧٥/٤.

(٢) في: ز "للاستهزاء".

(٣) في ز ، ظ "المعنى".

(٤) في: أ "منه".

(٥) "عن اليمين" ليست في: أ.

(٦) "ثان" ليست في: أ، ظ.

(٧) في: أ "قال" وفي ز : "يقال".

(٨) في: ز "لا بالخمسين ونكلها".

(٩) في: أ "الثاني".

(١٠) في: أ "يطلق".

دعواه.

وعن[1] القاضي الحسين[2]: أنه لايكلف في الإنكار أن يقول: ولا شيئ منها، وإنما يكلف ذلك في اليمين، وإذا حلفه القاضي على أنه لاتلزمه العشرة، ولا شيئ منها، فحلف على نفي العشرة، واقتصر عليه، فلا تلزمه العشرة بتمامها، لكنه[3] ناكل عما دون العشرة، فللمدعي أن يحلف على استحقاق مادون العشرة بشئ قليل، ويأخذه.

ولو نكل المدعى عليه عن مطلق اليمين، وأراد المدعي أن يحلف على بعض العشرة.

قال في "التهذيب" إن عرض القاضي عليه[4] اليمين، على المدعى وعلى كل جزء منه، فله أن يحلف على بعضها، وإن عرض عليه اليمين على المدعي وحده، لم يكن له الحلف على البعض، بل يستأنف الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه، وحيث جوزنا للمدعي الحلف على بعض المدعى، فذلك إذا لم يستند المدعى إلى عقد[5]. أما إذا أسنده، كما إذا قالت المرأة: نكحني[6] بخمسين، وطالبته به، ونكل الزوج، فلا يمكنها الحلف على أنه نكحها ببعض الخمسين، لأنه يناقض ما ادعته أَوَلاً.

ولو ادعى أن الدار في يد هذا ملكي، يلزمه تسليمها إليَّ، فالمدعى عليه إذا أنكر يحلف، أنها ليست ملكاً له، ولا شئ منها، وأنه لايلزمه تسليمها إليه، ولا تسليم شئ منها.

ولو أدعى أنه باعها منه، يكفيه أن يحلف أنه لم يبعها، على القياس الذي تمهد في الفصل.

---

(١) "عن" ليست في: أ.

(٢) "الحسين" ليست في: أ.

(٣) "ولكنه" ليست في: أ، ب. وفي ظ: "وهو".

(٤) "عليه" ليست في: ظ.

(٥) "بل يستأنف ... إلى عقد" ليست في: ب.

(٦) في: ظ "نكحتني ... وطالبه".

وقوله في الكتاب[1]: "فأقر أنه نكح، لا بالخمسين" التقييد بإقراره بالنكاح كالمستغنى عنه، فإن المرأة، إنما تدعي وتطلب الصداق، وذلك فيما يرجع إلى الحلف، والتحليف، ولا يختلف بين أن يقر بالنكاح، أو لا يقر.

وقوله: "فلا يُمكّنها الحلف على مادون الخمسين". أي على النكاح بما دون الخمسين، فإن استأنفت، وادعت عليه بعض الخمسين الذي جرى النكاح عليه فيما زعمت، ونكل[2]، وجب أن يجوز لها الحلف عليه. والله أعلم.

[فصل: في المسألة الثانية: فيما لو ادعى مالاً وأسنده إلى جهة]

(قال [الغزالي]: الثانية: لو قال: مزّقت ثوبي، ولي عليك الأرْش، فيكفيه أن يقول: لايلزمني الأرش، ولا[3] يلزمه التعرض للتمزيق، وكذا إذا ادعى ملكاً، أو ديناً، فيكفي أن يقول: لايلزمني التسليم، فإن كان[4] ذلك في يده بإجارةٍ، أو رهن، وخاف إنْ[5] أقر أن يطالب بالبينة، فقد قيل: إن القول قوله، لأن اليد تصدقه في الرهن، والإجارة، فإن قلنا: القول قول المالك، فحيلته أن يفصل الجواب، ويقول: إن ادعت ملكاً مطلقاً، فلا يلزمني التسليم، وإن ادعت مرهونا عندي فحتى أجب[6]، وقيل: هذا لايسمع مردداً، ولكن حيلته أن ينكر ملكه إن أنكر هو دينه، ويلتفت[7] إلى الظفر بغير جنس حقه).

[قال الرافعي] إذا ادعى مالاً وأسنده إلى جهة، بأن قال: أقرضت منك كذا، و[8]طالبه ببدله، أو قال: غصبتَ عبدي، وتلف عندك، فعليك كذا ضماناً، أو قال: مزقت ثوبي، فعليك كذا أرشاً، أو اشتريت منك بكذا، وأقبضتك ثمنه، فعليك تسليمه،

---

(١) "في الكتاب" ليست في: ب.
(٢) في: أ "ونكلت".
(٣) في: أ، ب، ظ "فلا".
(٤) في: أ "الملك" وهو خطأ.
(٥) في: أ "إن لو".
(٦) في: ظ "أجيبك".
(٧) في: أ "ويلف".
(٨) في: أ "أو". وفي ظ: "يطالبه".

أو اشتريت مني كذا، فعليك ثمنه، وطالبه بالمدعى فليس على المدعى عليه، أن يتعرض في الجواب لتلك الجهة، بل يكفيه أن يقول: لايستحق علـيّ شيئاً، ولا يلزمني تسليم شيئ إليك. وكذا يكفيه في جواب طالب الشفعة: لاشفعة لك عندي أو لايلزمني تسليم هذا الشقص إليك وذلك لأن المدعى قد يكون صادقاً في الإقراض، والغصب، والشراء، والبيع، ويعرض مايسقط الحق من أداءٍ أو إبراءٍ[١] أو هبة، فلو نفى الاقراض، وما في معناه، كان كاذباً.

ولو اعترف، طولب[٢] بإقامة البينة على مايَزْعُمَ عروضَهُ، وقد لا تساعده فاقتضت الحاجة قبول الجواب المطلق[٣].

وعلى هذا إذا قالت المرأة: طلقتني. فقال: أنت زوجتي، كفاه هذا الجواب.

وإذا[٤] اقتصر المدعى عليه على الجواب المطلق، وأفضى الأمر إلى الحلف، وحلف على ما أجاب، و لم يكلف التعرض لنفي[٥] الجهة المدعاة.

ولو حلف على نفي الجهة المدعاة بعد الجواب المطلق، جاز. قاله في "التهذيب".

ولو تعرض في الجواب للجهة المدعاة، فقال: مابعت، أو ما أقرضني، أو ما مزقت، فالجواب صحيح أيضا، ثم إن حلف على وفق الجواب، فذاك، وإن أراد أن يقتصر في الحلف على أنه لايلزمه شئ فيمكن، كما لو أجاب في الابتداء، كذلك أو لا يمكن لتطابق اليمين الإنكار؟ فيه وجهان مذكوران في مسألة اختلاف المتبايعين، في قدم العيب، وحدوثه وفي مواضع سواها.

والأظهر[٦]: الثاني، ويحكى عن نصه[٧] -رضي الله عنه - وعن أبي حنيفة أيضاً. وعلى قياس الباب، لو كان في يده مرهون، أو مستأجر، وادعاه مالكه فيكفيه في

---

(١) في: ز "من ابراء أو أداء".
(٢) في: أ "طولب".
(٣) انظر: هامش العزيز ١٣/١٧٥، (رقم ٢).
(٤) في: أ "فإذا".
(٥) في: أ "في النفي" وفي: ب" في نفي".
(٦) انظر: مسألة "إختلاف المتبايعين في قدم العيب وحدوثه". الوجيز ١/١٤٤، والروضة ٣/٣٨٨.

الجواب، أن يقول: لايلزمني[1] تسليمه، ولا يجب التعرض للملك، فإن أقام المدعى بينة على الملك، نقل في "الوسيط" عن القاضي أنه يجب عليه تسليمه[2]، واعترض عليه، بأنه قد يصدق الشهود[3]، ولا يجب التسليم لإجارة، أو رهنٍ، ولو أنه اعترف بالملك، وادعى رهناً، أو إجارة، وكذبه المدعي، فمن المصدق منهما؟ فيه وجهان. وهما اللذان سبق ذكرهما في الرهن، في باب "الاختلاف"[4]، فإن صدق صاحب اليد، فذاك، وإن صدق المالك، وهو المذهب، فمدعي الرهن، والإجارة، يحتاج إلى البينة[5]، فإن كانت لاتساعده البينة[6]، وخاف على جحود الراهن، لو اعترف له بالملك فما حيلته؟ فيه وجهان. عن القفال: أن حيلته أن يفصل الجواب، فيقول: إن ادعيت ملكاً مطلقاً، فلا يلزمني التسليم، وإن ادعيت مرهوناً عندي[7] فحتى أجيب.

وعن القاضي الحسين: أن الجواب لايسمع مع التردد، ولكن حيلتهُ أن يجحد ملكه إن جحد صاحبه الدين، والرهن، وعلى عكسه لو ادعى المرتهن الدين وخاف الراهن جحود[8] الرهن، لو اعترف بالدين فعلى الوجه الأول، يفصل[9] فيقول: إن ادعيت ألفاً لي عندك به كذا رهناً؟، فحتى أجيب، وإن ادعيت ألفاً مطلقاً، فلا يلزمني. وعلى الثاني: صارت العين مضمونة عليه بالجحود، فلمن عليه الدين أن يجحد، ويجعل هذا بذاك ويشترط[10] التساوي.

ونظم الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الأول، وهو الذي أورده الفوراني.

---

(٧) انظر: المختصر ص ٨٣.

(١) في: أ "لايلزمني".

(٢) انظر: ٤١٢/٧.

(٣) في: أ، ب، ظ "في الشهود".

(٤) انظر: الوجيز ١٦٨/١، والروضة ١٢٢/٤.

(٥) انظر: العزيز ١٧٦/١٣ هامش ٢.

(٦) في: ز "البينة لاتساعده".

(٧) "عندي" ليست في: ز.

(٨) في: أ "جحوده".

(٩) في: ز "يفصل الجواب".

(١٠) في: أ "فيشترط". وفي: ز "يشترط".

وذكر أن المدعى عليه يفصِّل الجواب، أبداً، ولا يكون ذلك إقراراً بشيءٍ، كما إذا ادعى عليه ألفاً، فقال: إن ادَّعيت عن ثمن كذا، فحتى أجيب.

وإن ادَّعيت عن جهة أخرى، فلا يلزمني. هـذا مـايكفي في هـذا الموضـع وورآؤه كلامان.

أحدهما: أنا إذا سمعنا الجواب المردد، كما ذكـره الفوراني، لزمنـا أن نقنـع منه بذاك، ويحوج المدعي إلى تعيين أحد القسمين، وحينئذ فإما أن يحوجه إلى بينة، و[1] ينـص على تلك الجهة. أو يكتفي ببينة مطلقة، إن اكتفينا ببينـة مطلقـة، لم ينتفـع المدعـى عليـه بالتفصيل، وإحواج المدعى إلى تعيين أحد القسمين.

وإن أحوجناه إلى بينة معينة، تضرر المدعى به، لأنه قـد لاتسـاعده[2] البينـة على إقرار الخصم بألف مطلق، ولا يساعده على الجهة، وقد يجد شـهوداً، يعرفـون أنه كان له عليه ألفان، بجهتين، وعرفوا أنه أدى ألفاً عن إحداهمـا، ولم يعرفوهـا بعينهـا، فيمكنهم أن يشهدوا بالألف، ولا يمكنهم تعيين الجهة، كما اكتفينا بالجواب المطلـق مـن المدعى عليه كيلا يلزمه ماليس بلازم.

ولو عين الجهة، وعجز عن البينة الدافعة، وجب أن يكتفي بـإطلاق المدعـى مـن جهة المدعي[3]، ولا تحوجه إلى تعين الجهة، كيلا يفوت عليـه مـاهو فـائت، للعجـز عـن البينة المعينة[4].

والثاني: أن الوجه الثاني على ما أشار إليه في الكتاب، مأخوذ من مسـألة الظفـر بغير الجنس، وحينئذٍ، فالجحود بناءً على جعل شيءٍ في مقابلةِ شيءٍ، كأنه مصـور فيمـا إذا عرف المرتهن في الصورة الأولى، جحود الراهن الرهن[5]، والدين. قيل: إن ادعى الراهـن عليه أن له في يده كذا، وعرف الراهن في الصورة الثانية جحود المرتهـن كـون العبـد في

---

(١) "و" ليست في: ز.

(٢) في: ظ "تساعده".

(٣) "وعجز عن البينة ... من جهة المدعي" ليست في: ب.

(٤) "المعينة" ليست في: ز.

(٥) "الرهن" ليست في: أ.

يده قبل أن يدعي العبد عليه، فأما إذا لم يعرف الجحود من قبل، فربما لايجحدُ صاحبه، لو أقر فكيف يجوز له الإنكار بالوهم، وكيف نجعل شيئاً بشيءٍ، ولم نعرف جحود الخصم، وتعذر تحصيل[1] الحق منه.

فرع: ادعت على رجل ألفاً صداقاً، يكفيه أن يقول في الجواب: لايلزمني تسليم شئ إليها. قيل للقفال: هل للقاضي أن يقول: هل هي زوجتك؟ فقال: ما للقاضي، ولهذا السؤال، لكن لو سئل فقال: نعم. قضى عليه بمهر المثل، إلا أن يقيم البينة على أنه نكحها بكذا فلا يلزمه أكثر منه. والله أعلم.

[فصل: في المسألة الثالثة : إذا ادعى عليه ملكاً فأنكرا الملكية أو اضافه إلى مجهول أو معلوم]

(قال [الغزالي]: الثالثة: إذا ادعى عليه ملكاً فقال: ليس لي إنما هو وقف على الفقراء. أو على ولدي وهو ملك طفلي[2]، انصرفت الخصومة عنه، ولايمكن تحليف الطفل. ولا وليه، ولا تنجيه[3] إلا البينة. ولو قال: ليس لي أو هو لمن اسميه لم ينصرف عنه الخصومة، وقيل: يأخذه القاضي إلى أن تقوم حجة المالك.

ولو قال: هو[4] لفلان، وهو حاضر، فيحضر فإن صدقه انصرفت الخصومة عنه، ولو كذبه فالصحيح: أن القاضي يأخذه ليتبين مستَحِقَّهُ.

وقيل: يُسَلَّمُ إلى المدعي[5] إذ لامنازع له، وقيل: يترك في يده إلى قيام حجة)

[قال الرافعي]: إذا ادعى عقاراً، أو منقولاً، على إنسان، وقال المدعى عليه: إنه ليس لي فينظر أيقتصر عليه، أو يضيفه إلى مجهول، أو يضيفه إلى معلوم؟

---

(١) في: ظ "حصول".

(٢) في: ب "طفل".

(٣) في: أ، ب "تنجي".

(٤) "هو" ليست في: ب، ز.

(٥) في: ز ، ظ "للمدعي".

الحالة الأولى، والثانية[١]: إذا[٢] اقتصر عليه، أو أضافه إلى مجهول بأن قال: هو لرجل[٣] لا أعرفه، أو لا اسميه، ففي انصراف الخصومة عنه، وانتزع المال من يده وجهان عن ابن سريج:

أحدهما: ينصرف، لأنه تبرأ من المدعي وينتزع الحاكم المال من يده، فإن أقام المدعى بينة على الاستحقاق فذاك، وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكه.

وأصحهما: أنها لاتنصرف، ولا ينتزع المال من يده، لأن الظاهر أن مافي يده ملكه، وما صدر عنه ليس بمزيل، ولم يظهر[٤] لغيره استحقاقاً، وعلى هذا فإن أقر بعد ذلك لمعين، قبل وانصرفت الخصومة، إلى ذلك المعين، وإلا فيقيم المدعي البينة عليه، أو يحلفه وهل يمكن من أن يعود ويدعيه لنفسه؟ ذكروا فيه وجهين[٥]:

وفي المسألة وجه ثالث: وهو أنه يسلم المال إلى المدعي، لأنه لامزاحم له في دعواه.

ولو قال في الجواب: نصفه لي، والنصف الآخر لا أدري لمن هو، ففي النصف الآخر الوجوه الثلاثة.

الحالة الثالثة: إذا أضافه إلى معلوم، فالمضاف إليه ضربان:

أحدهما: من تمتنع مخاصمته، وتحليفه، كما إذا قال: هو وقف على الفقراء، او على مسجد كذا، أو على[٦] ابني الطفل، أو هو ملك له، فالجواب في الكتاب[٧]: أن الخصومة تنصرف عنه، ولا سبيل إلى تحليف الولي، ولا طفله[٨]، ولا تغني إلا البينة. وكذلك ذكره الشيخ أبوالفرج.

---

(١) "الثانية" ليست في: ظ.

(٢) في: ب "إن".

(٣) في: ظ "رجل".

(٤) في: ظ "لايظهر".

(٥) ورد بهامش العزيز ١٧٩/١٣ "لم يرجح المصنف منهما شيئاً. قال في الخادم: قال في الانتصار: إنه تقبل منه دعواه لنفسه على أصح الوجهين.

(٦) "على" ليست في: ز.

(٧) انظر: الوجيز ٢٦٣/٢، والروضة ٢٤/١٢.

(٨) قوله: "أو هو ملك ... ولا طفله" ليست في: ظ.

وقال: إذا قضى القاضي له بالبينة، كتب صورة الحال: في السجل، ليكون الطفل على حجته إذا بلغ . وقال في "التهذيب": ولو قال في الجواب: إنه لابني الطفل، أو وقف عليه، فلا تسقط الدعوى بهذا، فإن أقام بينة أخذها، وإلا حلف المدعى عليه[١]، أنه لايلزمه تسليمها إليه، إذا كان هو قيم الطفل[٢]

والضرب الثاني: من لا تمتنع مخاصمته، وتحليفه، كما إذا أضاف إلى شخص معين، فهو إما حاضرٌ في البلد، أو غائب عنه.

القسم الأول: الحاضر في البلد فيراجع، فإن صدق المدعى عليه، انصرفت الخصومة عنه[٣] إلى المقر له، وإن كذبه ففيه ثلاثة أوجه على ماسبق ذكرها في "الإقرار"[٤]. ففي وجه يترك في يد المدعى عليه، وفي وجه: ينتزع ويحفظ إلى أن يظهر مالكه، ويحكى عن هذا ابن سريج.

وفي وجه: تسلم للمدعي، لأنه لامنازع له، ويحكى هذا عن أبي إسحاق[٥].

وفي "الشامل" وجهٌ: أنه يقال للمدعي عليه: من أقررت له كذبك، فإما أن تدعيه لنفسك، فتكون الخصم، أو لمن يصدقك. فيكون هو الخصم، فإن امتنعت، جعلناك ناكلاً، وحلفنا المدعي.

وأما لفظ الكتاب: فقوله: "انصرفت الخصومة عنه". وقوله: "ولا ولية" يمكن إعلامها بالواو، لما نقلناه عن "التهذيب". وقوله "وهو حاضر فيحضر" أي حاضر في البلد. وقوله: "ولو كذبه فالصحيح إلى آخره".

الوجه الأول: وهو أن القاضي يأخذه، ليتبين مستحقه.

والثالث: وهو أنه يترك في يده، قد ذكرهما في باب "الإقرار، إذا كذب المقر له المقر". و لم يرجح واحداً منهما هناك، وهاهنا رجح وجه الانتزاع، والحفظ، وكذلك فعل صاحب "التهذيب" و "التتمة".

---

(١) "عليه" ليست في: ظ.

(٢) قال النووي في الروضة ١٤/١٢ "اختار في "المحرر" قول البغوي".

(٣) "عنه" ليست في: ز ، ظ.

(٤) انظر: الوجيز ١٩٦/١، والعزيز ٢٩٩/٥، والروضة ٣٥٨/٤.

(٥) من قوله: "وفي وجه: يسلم ... عن أبي إسحاق" ليست في: ز.

والأكثرون على ترجيح الترك في يد المقر على ما بينا هناك[١] والله أعلم.

[إذا أضاف المدعي المدعى به إلى غائب]

(قال [الغزالي]: ولو أضاف إلى غائب، ففي انصراف الخصومة عنه، وجهان، فإن قلنا: لاتنصرف يعرض عليه اليمين، حتى يستفيد المدعى بنكوله اليمين، وانتزاع الشئ من يده، أو يقيم البينة، ويأخذ منه، ثم الغائب، إن رجع كان هو صاحب اليد، فيستأنف الخصومة معه[٢]، وإن قلنا: تنصرف عنه، فلو كان للمدعى بينة، فهو قضاء على الغائب، فيحتاج إلى يمين معه، فلو كان لصاحب اليد بينة على أنه للغائب، سمعت إن أثبت وكالة نفسه، وقدمت على بينة المدعي، وإن لم يثبت الوكالة، فهل تسمع؟ إن قلنا: إن[٣] للمدعي تحليفهُ رجاء أن يقر له فيغرم بالحيلولة، فله غرضٌ في إقامة البينة، لصرف اليمين عن نفسه، ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه لاتسمع إذ ليس بمالك، ولا وكيل، فإن ادعى لنفسه عُلقة رهنٍ، أو إجارة[٤]، فوجهان: وأولى بأن يسمع، فإن سمع لصرف[٥] اليمين عنه فبينة المدعي في الحال مقدمة، فإن رجع الغائب، وأعاد البينة قدمت بينته، وإن سمعنا لعلقة الإجارة، والرهن، فأي البينتين تقدم؟ فيه وجهان).

[قال الرافعي]: القسم الثاني: الغائب. فإذا أضاف المدعي إلى غائبٍ، ففي انصراف الخصومة عنه وجهان: المذكور في "التهذيب" و"الرقم" وظاهر لفظ "المختصر": أنها لاتنصرف، لأن المال في يده، والظاهر: أنه له فلا يمكن من صرف الخصومة عن نفسه بالإضافة إلى غائبٍ قد يرجع، وقد لايرجع، ويخالف ما إذا أضاف إلى صبيٍ أو مجنونٍ، فإن هناك يمكن مخاصمة وليهما.

وأظهرهما: وهو جواب أكثرهم أنها تنصرف[٦]، لأن المال بظاهر الإقرار لغيره.

---

(١) يراجع ذلك في الوجيز ١/١٩٦، والعزيز ٥/٢٩٩، والروضة ٤/٣٧٥.

(٢) "معه" ليست في: ز.

(٣) "إن" ليست في: ب.

(٤) في: ز "إجارة أو رهن".

(٥) في: ظ "صرف".

(٦) في: ط "صرف".

ألا ترى أن الغائب إذا عاد وصدقه أخذه، وإذا كان المال لغيره، وجب أن تكون الخصومة معه.

ثم عن أبي عاصم العبادي: أن الوجهين فيما إذا قال: إنه لفلان، وهو في يدي بإجارة، أو إعارة، أو وديعة، أو غيرها.

فأما إذا اقتصر على أنه ليس لي، وإنما هو لفلان، وقد ذكر ليده جهة لم تنصرف الخصومة عنه بحال، والجمهور، لم يفرقوا بين الحالتين[١].

التفريع: إن قلنا: لا تنصرف الخصومة عنه نُظِرَ: إن لم تكن للمدعي بينة، فله تحليف المدعي عليه على أنه لايلزمه تسليمه إليه، فإن نكل حلف المدعي، وأخذ المال من يده، ثم إذا عاد الغائب، وصدق المقر، فيرد المال عليه بلا حجة، لأن اليد له بإقرار صاحب اليد، والمدعي يستأنف الخصومة معه أو على الغائب[٢]، وإن أقام المدعي بينة على الحاضر، أخذ المال أيضاً، ثم هو قضاء على الحاضر الذي تجري الخصومة[٣] معه، أو على الغائب، لأن المال له بموجب الإقرار؟ فيه وجهان. نقلهما صاحب "التهذيب" وغيره، المستمر منهما على الوجه الذي عليه[٤] يفرعُ أنه قضاءٌ على الحاضر حتى لايحتاج المدعي مع البينة إلى اليمن، ويكتب القاضي في السجل، أنه قضى له بالبينة بعدما أقر المدعى عليه، أنه لفلان الغائب، ليكون الغائب على حجته، فإذا عاد وأقام البينة، فيقضي له لترجيح جانبه باليد، وإن لم يقم، أقر المال في يد المدعي، فإن التمس من القاضي أن يزيد في السجل أن الغائب قد قدم. و لم يأت ببينة، أجابه إليه.

وإن قلنا: تنصرف الخصومة عنه، فإن لم يكن للمدعي بينة، فيوقف الأمر إلى أن يحضر الغائب.

وإن كانت له بينة، فيقضى له بالمال، وهذا قضاء على الغائب، أو على الحاضر الذي تجري الخصومة معه.

ذكر العراقيون، وغيرهم فيه وجهين:

---

(١) في: أ "الحالين".

(٢) "أو على الغائب" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) "الخصومة معه" ليست في: ز.

(٤) "عليه" ليست في: ز.

أحدهما: أنه قضاء على الغائب فيحتاج معه إلى اليمين، وثانيهما: أنه قضاء على الحاضر، فلا حاجة إلى اليمين، وبه قال: أبوإسحاق، ورجح العراقيون، والروياني هذا الوجه، لكن الأول أقوى، وأليق بالوجه المفرع عليه، وهو المذكور في الكتاب، واختيار الإمام.

وهذا كله فيما إذا لم يُقِمْ المدعى عليه بينة على أن المال للغائب، فإن أقام عليه بينةً. نظر: إن ادعى أنه وكيل من جهة الغائب، وأثبت الوكالة فبينته على أن المال للغائب مسموعة ومرجحة[1] على بينة المدعي. وإن لم تثبت الوكالة، فقد حكى الإمام في سماع بينته ثلاثة أوجه:

أحدها: وبه قال الشيخ أبومحمد: أنها لاتسمع، لأنه ليس بمالك، ولا نائبٍ عنه، فإقامة البينة فضول منه. فعلى هذا الحكم، كما لو لم يقم بينة.

والثاني: أنها مسموعة ليدفع التهمة عنه بالاحتيال في الإضافة إلى الغائب.

والثالث: إن اقتصرت البينة على أنه لفلان الغائب لم تسمع، وإن تعرضت مع ذلك لكونه في يد المدعى عليه، بعارية، أو غيرها من الجهات سمعت، وهكذا نقل الوجوه صاحب الكتاب: في "الوسيط"[2]. وبنى هاهنا سماع البنية على أن المدعِي هل يحلفه؟

إذا قلنا: بانصراف الخصومة عنه ليغرمه القيمة، إن أقر له، على ماسنذكره إثر هذا الفصل: وفيه خلافٌ. إن قلنا: لايغرمه، فلا يحلفه، ولا تسمع البينة، وإن حكمنا بالتغريم، والتحليف، ففي سماع البينة. وجهان:

أظهرهما: على ماذكره المنع، لأنه ليس بمالك، ولا وكيل.

ووجه الثاني: أنه يستفيد بالبينة صرف اليمين، عن نفسه.

قال الإمام، وصاحب الكتاب: وإذا قلنا: لاتسمع البينة المقامة على أن المال لفلان، فلو ادعى لنفسه فيه حقاً لازماً، كرهنٍ وإجارةٍ، وتعرضت البينة لذلك أيضاً، ففي السماع[3]، وجهان، لتعلق حقه به.

---

(١) في: ظ "ورجحه".

(٢) انظر: الوجيز ٢٦٣/٢، والوسيط ٤١٣/٧.

(٣) في: أ، ظ "سماع البينة".

وإذا سمعنا بينته لصرف اليمين عنه، فيحكمُ للمدَّعِي ببينته.

فإن رجع الغائب، وأعاد البينة، قدمت بينته، وإذا سمعناها لعلقة الرهن[١]، والإجارة، فتقدم هذه البينة، أو بينة المدعي؟

فيه وجهان: قال في "الوسيط"[٢]: أظهرهما: تقديم بينة المدعي، وتصير فائدة بينته، صرف[٣] اليمين عنه، هذا ماذكره.

والذي فهمته من كلام الأصحاب، وينبغي أن يفتي بموجبه، أن للمدعي[٤] وقد أضاف المدعى عليه، المال إلى الغائب خصومة معه، وأخرى على الغائب.

فإذا أقام البينة، انصرفت الخصومة عنه لامحالة، ولا يجئ فيه الوجهان المذكوران فيما إذا اقتصر على الإقرار، للغائب، فتسمع البينة التي يقيمها في حقه لصرف[٥] الخصومة عنه، ولدفع التهمة عنه أيضاً، ولدفع اليمين[٦] أيضاً.

إذا قلنا: إن المدعي يتمكن من تحليفه، وبنوا على انصراف الخصومة عنه أن المدعي، لو أقام البينة، والحالة هذه، فلابد له من اليمين مع البينة، والقضاء، قضاء على الغائب، وجهاً واحداً[٧].

وأما بالاضافة إلى الغائب فهي غير مسموعة، حتى لايحكم للغائب بالملك بالبينة التي يقيمها الحاضر على أنه الغائب، فإن تعرض الشهود مع ذلك لكونه في الرهن الحاضر، أو إجارة، فيه وجهان.

عن أبي إسحاق أن من الأصحاب من قال: تسمع هذه البينة للغائب أيضاً، لأن الحاضر يدعي لنفسه حقاً، ويقيم البينة عليه، فلابد من إثباته، ولا يثبت حقه إلا بثبوت ملك الغائب، وعلى هذا فترجح بينته على بينة المدعي لتقويها باليد.

---

(١) في: ظ "الإجارة والرهن".

(٢) ٤١٣/٧.

(٣) في: ز "على صرف".

(٤) في: أ، ب، ظ "مع".

(٥) في: أ، ب، ظ "لنصرف"

(٦) في: ز "ولدفع اليمين أيضاً، ولدفع التهمة".

(٧) انظر: الروضة ٢٦/١٢.

والثاني: أنه لايتمكن من إثبات الملك[1] للغائب مقصوداً، ولا يتمكن منه[2] في ضمن إثبات الحق لنفسه. وعلى هذا فالعمل ببينة المدعي.

والناقلون رجحوا الوجه الثاني، ولا بأس بالأول، وتوجيهه.

وقوله في الكتاب: "وإن قلنا: تنصرف عنه" يجوز أن يعلم لفظ الانصراف بالحاء، لأنه / يحكى عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنها لا تنصرف[3]. ٥٦٠/ز

وقوله: "فهو قضاء على الغائب". وقوله: "فيحتاج إلى يمين معه" معلمان بالواو لما بيناه.

[فصل: فيما لو انصرفت الخصومة عن المدعى عليه، هل للمدعي تحليفه؟]

(قال [الغزالي]: وحيث تنصرف الخصومة عنه، فللمدعي تحليفه بناءً على الأصح في أنه لو أقر للثاني غرم له القيمة).

[قال الرافعي]: متى[4] حكمنا بانصراف الخصومة عن المدعى عليه، إما بإقراره لحاضر، أو بإقراره لغائب، أو بمجهولٍ على أحد الوجهين، فهل للمدعي تحليفه؟ فيه قولان مبنيان على أنه لو أقر له بعدما أقر لغيره، هل يغرم القيمة؟ وفيه خلاف مشروح في موضعه[5]، إن قلنا: نعم، يحلفه، فلعله يقر فيغرمه القيمة.

وإن قلنا: لا، فإن قلنا[6]: النكول، ورد اليمين، كالإقرار، فلا يحلفه، لأنه وإن أقر، أو نكل، وحلف المدعي، لم يستفد شيئاً، وإن قلنا: كالبينة فله التحليف، لأنه قد ينكل فيحلف المدعي، وإذا حلف أخذ القيمة، وكأن العين تالفة. وفيما علق عن الإمام: وجهاً أنه يسترد العين من المقر له، وفاءً بتنزيله منزلة البينة[7].

وإذا قلنا: بوجوب القيمة، وأخذها بإقرار المدعى عليه ثانياً، أو بيمين المدعي بعد نكوله، ثم سلمت له العين بالبينة أو بيمينه بعد نكول المقِرِّ له، فعليه رد القيمة، لأنه إنما

---

(١) في: ز "المالك".
(٢) "منه" ليست في: أ.
(٣) انظر: الهداية ١٦٧/٣، وفتح القدير ٢٢٤/٧.
(٤) "متى" ليست في: ب. وفي: أ "ومتى إن".
(٥) انظر: الوجيز ١٩٦/١، والعزيز ٢٩٩/٥، والروضة ٣٥٨/٤.
(٦) "قلنا" ليست في: أ.
(٧) في: ز "للبينة".

أخذ القيمة للحيلولة، وقد[1] ارتفعت الحيلولة.

فروع: ادعى أن هذه الدار وقف عليَّ، وقال: من في يده: هي ملك لفلان وصدقه فلان، وانتقلت الخصومة إليه قال في "التهذيب"[2]: ليس له طلب القيمة، من المقر، لأنه يدعي الوقف، ولا يعتاض عن الوقف، وكان لايبعد طلب القيمة، لأن الوقف مضمون عند الإتلاف، والحيلولة في الحال، كالإتلاف.

ولو رجع الغائب، وكذب المدعى عليه في إقراره، فالحكم كما ذكرناه فيما إذا أضاف إلى حاضر وكذبه[3].

ولو أقام المقر له الحاضر، أو الغائب بعد رجوعه، البينة على الملك، لم يكن للمدعي تحليف المقر ليغرمه. فإن الملك استقر بالبينة، وخرج الإقرار عن أن يكون للحيلولة. والله أعلم.

[فصل في المسألة الرابعة: إذا خرج المبيع مستحقاً]

(قال [الغزالي]: الرابعة: إذا خرج المبيع مستحقاً، فله الرجوع على البائع بالثمن[4]، فإن[5] صرح في نزاع المدعي، بأنه كان ملك البائع، ففي الرجوع، وجهان.

أصحهما: أنه يرجع، ولو أخذ جارية بحجة، فأحبلها، ثم كذب نفسه، فالولد حر، والجارية مستولدة، وعليه قيمتها[6] للمقر له مع المهر، وقيل: إن الجارية للمقر له إن أقرت بصدقه في الرجوع).

[قال الرافعي]: إذا اشترى ثوباً، أو عبداً من إنسان، فجاء آخر، وادعى أنه له.

---

(١) "قد" ليست في: ز.

(٢) ورد بهامش العزيز ١٨٤/١٣ "هذا الذي نقله البغوي، قال القاضي الحسين: لاخلاف فيه، لكنه صور المسألة بما إذا قال المدعي وهي وقف على، ثم قال المدعى عليه: هي وقف على، فقال: لاخلاف أنه ليس للمدعي طلب تحليفه لأجل التغريم، لأنه إنما يحلف على مايدعيه أنه فوت عليه، وهاهنا قيمة الدار لو أخذها لاتقوم مقام الوقفية. قال: لكن له أن يجئ كل شهر ويدعي عليه أجرة ذلك".

(٣) انظر: ص٧٥٠ والوجيز ٢٦٣/٢، والروضة ٢٤/١٢.

(٤) في: أ "باليمين".

(٥) في: ب "فلو".

(٦) في: أ "وقيمة الولد مع المهر".

نُظِرَ: إن ساعده المشتري، وأقر له بما ادعاه، لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه، لأن إقراره لايلزم البائع غرما، ولا تنتهض[١] حجةٌ عليه.

وإن استُحْلف فنكل، وحلف المدعي، وأخذ[٢] المال. قال الشيخ أبو علي: ليس له الرجوع بالثمن أيضاً وجهاً واحداً لتقصيره بالنكول، وحلف المدعي بعد نكوله، قائم مقام إقراره.

ويجوز أن يفرض في هذا خلافٌ بناءً على أنه كالبينة[٣].

وإن أثبت المدعي الاستحقاق بالبينة وأخذ المال، فينظر: إن لم يصرح في منازعة المدعي بأنه كان ملكاً لبائعي، ولا بأنه ملك لي، فإن سكت، وأقيمت[٤] البينة عليه، فله الرجوع بالثمن لامحالة، وإن صرح بذلك فوجهان:

أحدهما: لايرجع لأن المدعي ظالم باعترافه، والبائع غير مقصر، فلا يظلمه المشتري [بأن ظلم][٥].

وأصحهما: الرجوع مهما قال ذكرت[٦] ذلك على رسم الخصومة. أو اعتمدت ظاهر اليد، ثم يبين خلاف ذلك الظاهر بالبينة، ويجري الوجهان فيما إذا قال في الإبتداء. يعني هذا العبد[٧]، فإنه ملكك.

ثم قامت البينة على الاستحقاق، ولايجريان فيما إذا كان الموجود مجرد الشراء وإن كان الشراء[٨] إقراراً للبائع بالملك، وفرقوا بأن ذلك إقرارٌ[٩]، تضمنه الشراء فيبطل ببطلان المبايعة، والإقرار المستقل بخلافه.

ومن اشترى عبداً في الظاهر، فقال: أنا حر الأصل، فقد مرَّ أن القول قوله.

---

(١) في: ظ "تنتهز".

(٢) "و" ليست في: أ.

(٣) قال النووي في الروضة ٢٨/١٢ "هذا ضعيف، أو باطل، لأن المذهب أنه إنما يكون كالبينة في حق المتنازعين دون غيرهما، وكذا نقل الشيخ أبوعلي "تحرير المذهب الاتفاق على عدم الرجوع".

(٤) في: ز "فأقيمت".

(٥) "بأن ظلم" هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب بأي ظلمٍ حتى تستقيم المعنى.وا لله أعلم.

(٦) "ذكرت" ليست في: أ، ب.

(٧) في: ظ "هذه الدار فإنها".

(٨) "وإن كان الشراء" ليست في: أ، ب، ظ.

(٩) "إقرار" ليست في: أ.

وأن على المشتري إقامة البينة على رِقّهِ، أو على إقراره بالرق له، أو للذي[١] باعه منه، فإذا حلف حكم في الظاهر بحريته، ثم أطلق ابن الحداد، أنه لايرجع المشتري على البائع بالثمن. وفصل أكثرهم فقالوا[٢]: إن لم يصرح في منازعته، بأنه رقيق، فيرجع كما أقام بينة على الحرية، لأنه لم يوجد منه مايبطل الرجوع، وإن[٣] صرح بذاك فعلى الوجهين. وقطع الشيخ أبوعلي: بأنه لايرجع[٤]، وفرق بين يمينه[٥]، وبين البينة، بقوة[٦] البينة.

فروع: منقولة عن كلام القاضي أبي سعد الهروي: إذا أقر المشتري للمدعي بالملك، ثم أراد إقامة البينة على أنه للمدعي، ليرجع بالثمن على البائع، لم يُمكن، لأنه[٧] يثبت الملك لغيره من غير نيابة، ولا وكالة، كيف والمدعي لو أراد اقامة البينة، والحالة هذه، لم يلتفت إليه لاستغنائه عن البينة بالإقرار. ويجوز له تحليف البائع، لأنه ربما يقر فيرجع، فإن نكل فهل يحلف المشتري يمين الرد؟ إن قلنا: إن النكول، واليمين كالإقرار، فنعم، وإن قلنا: كالبينة، فلا.

ولو ادعى المسترق المشترى، أنه حر الأصل، واعترف به المشترى، ثم أراد إقامة البينة على أنه حرٌ الأصل، مكن، لأن الحرية حق الله تعالى، ولكل أحد إثباتها. وإذا ثبتت الحرية ثبت الرجوع، ولا يكفي للرجوع، إقامة البينة على مطلق الحرية، لاحتمال أن المشتري، هو الذي أعتقه.

ولو أقام المشتري بعدما أقر للمدعي البينة على إقرار البائع بالمال المدعي، فهي مقبولة، ويثبت بها حق الرجوع، لأنه لما تبين إقرار البائع من قبل، لُغِي إقرار المشتري.

---

(١) في: أ "والذي".
(٢) "فقالوا" ليست في: أ.
(٣) في: أ "فإن".
(٤) "وقطع الشيخ أبوعلي: بأنه لايرجع" ليست في: ظ.
(٥) في: أ، ظ "يمينها". وفي: ب "بينها وبين".
(٦) في: ب "لقوة".
(٧) في: ظ "لم يثبت".

هكذا ذكره الشيخ أبوعاصم. قال أبوسعد/ وهو الظاهر، وغيره محتمل، لأن إقراره في ٥٦١/ز
الابتداء تقصيرٌ.

ولو أقام مُدعي الاستحقاق البينة، وأخذ المال، ثم قامت بينة على أن البائع كان قد اشتراها من هذا المدعي، سمعت، ورد[1] الحكم الأول، وكانت الجارية للمشتري بالمبايعة السابقة.

هذا هو الكلام في إحدى صورتي الفصل.

الثانية: جارية في يد رجل، ادعى مدعٍ أنها له، وأنكر صاحب اليد، فأقام المدعى البينة، أو حلف بعد نكول صاحبه، فحكم له بها، فأخذها، وعاد بعدما غشيها، فقال: كذبت في دعواي، ويميني، والجارية للذي كانت في يده، فعليه أن يردها، ويغرم مهرها، وأرش النقص إن حدث فيها نقص، ولا يقبل قوله: إنها كانت زانية، لأنها تنكر مايقول. وإن أولدها، ثم كذب نفسه، لم يقبل قوله في إبطال حرية الولد، وفي الاستيلاد، لإن إقراره لايلزم غيره، ولكن عليه قيمة الولد، والأم مع المهر. وليس له وطؤها بعد ذلك، إلا أن يشتريها منه، وتعتق بموته وولاؤها موقوف، وإن وافقته الجارية في الرجوع، ففي بطلان الاستيلاد وجهان:

أظهرهما: المنع، ولا[2] يرتفع الاستيلاد المحكوم به برجوع محتمل.

والثاني: يبطل، لأنهم توافقوا عليه، والحق لايعدوهم.

ولو أن صاحب اليد أنكر، وحلف، وأولد الجارية، ثم عاد وقال: كنت مبطلاً في الإنكار والجارية للمدعي، فالكلام في المهر، وقيمة الولد، والجارية والاستيلاد على ماذكرنا في طرف المدعي[3].

وقوله في الكتاب: "فلو صرح في نزاع المدعي، بأنه كان ملكاً لبائع، ففي الرجوع، وجهان" لايختصان بما إذا قال: كان ملكاً للبائع، بل يجريان فيما إذا قال: هو

---

(١) في: أ، ب "فيرد".
(٢) في: ز "فلا".
(٣) انظر: ، والروضة ٨/١٢.

ملكي، ولا فرق بينهما على مابيناه.

وقوله: "ولو أخذ جارية بحجة" أطلق لفظ الحجة لينتظم ما إذا أخذ بالبينة وفيه صورٌ في "الوسيط"[١] وما إذا أخذنا باليمين بعد النكول، وفيه صور ابن الحداد، وأكثر من تكلم في المسألة.

واعلم أن الصورة الثانية، لا اختصاص لها بالركن الذي فيه الكلام. وهو جواب المدعى عليه، وكذا الصورة الأولى، إلا من جهة أنه فرض التصريح، بكونه للبائع في جواب المدعي، والنزاع معه، لكن عرفت أنه لافرق بين أن يكون هذا التصريح، في جواب المدعي، أو في ابتداء الشراء، والوجهان جاريان في الحالتين.

(قال [الغزالي]: الخامسة: جواب دعوى القصاص على العبد، يطلب من العبد، ودعوى الأرش يطلب جوابه من السيد، ولكن له تحليف العبد، ليتعلق بذمته، إن قلنا: إن الأرش يتعلق بذمته، وسمعنا الدعوى بالدين المؤجل أيضاً).

[فصل في جواب دعوى القصاص] ص

[قال الرافعي]: مايقبل إقرار العبد فيه كالقصاص،وحد القذف، فالدعوى فيه تكون على العبد، والجواب يطلب منه، ومالا يقبل إقراره فيه، وهو الأرش، وضمان الأموال فلتتوجه[٢] الدعوى فيها على السيد، فإن الرقبة التي هي متعلقها حق للسيد، فإن توجهت[٣] الدعوى علىالعبد فمفهوم مانقل الأئمة فيه طريقان:

أحدهما: وهو الذي يشتمل عليه الكتاب - المنع، لأن إقراره بها[٤] غير مقبول[٥].

نعم، هل للمدعي تحليفه؟ ينى ذلك على أن الأروش المتعلقة بالرقبة، هل تتعلق

---

(١) انظر: ٤١٦/٧.
(٢) في: أ، ب، ظ "فلتوجه".
(٣) في: ب، ظ "وجهت".
(٤) "بها" ليست في: أ.
(٥) في: ب "مقبولة".

بالذمة أيضاً؟ وفيه قولان مذكوران في موضعهما[١].

فإن قلنا: تتعلق فلا طلبة، ولا إلزام في الحال، وإنما هو شئ يتوقع من بعد، فيكون كالدين المؤجل، ويجئ الخلاف الذي مر في سماع الدعوى بالدين المؤجل، فإن سمعناها، فله تحليف العبد، فإن نكل وحلف المدعي اليمين المردودة، لم يكن له التعلق بالرقبة، لأن اليمين المردودة، وإن جعلت كالبينة، فلا يؤثر إلا في حق المتداعيين، والرقبة حق السيد، وفيه وجه أن له التعلق بالرقبة إذا جعلناها كالبينة. هذا ما حكاه صاحب الكتاب هاهنا، وفي "الوسيط"[٢].

وذكر الإمام نحواً منه. والثاني: وهو المذكور في "التهذيب" في باب مداينة العبيد: أن الدعوى على العبد مسموعةٌ إن كان للمدعي بينة، وإن لم تكن له بينةٌ، فإن جعلنا النكول، ورد اليمين كالبينة، سمعت أيضاً، فلعله ينكل فيحلف المدعي. وإن قلنا: إنها كالإقرار، فلا تسمع، وفي كل واحدٍ من الطريقين إشكال[٣].

أما الأول: فلأن قضية البناء على الأصلين المذكورين، أن تسمع الدعوى عليه لإقامة البينة، والتحليف جميعاً، ولا يختص التحليف بالنظر والكلام، وهم إنما تكلموا في التحليف.

وأما الثاني: فلأن[٤] ظاهره تعلقُ الأرش بالرقبة، بإقامة البينة في وجه العبد، لكن الرقبة للسيد، فينبغي أن تقام البينة في وجهه، أو وجه نائبه. والمتوجه أن يقال: تسمع الدعوى عليه لإثبات الأرش في ذمته تفريعاً على الأصلين المذكورين، ولا[٥] تسمع الدعوى والبينة عليه لتعلقه بالرقبة. والله أعلم.

---

(١) في: "كتاب العتق".

(٢) انظر: الوجيز ٢٦٣/٢، "والوسيط" ٤١٦/٧.

(٣) في: أ "حيله"، وفي: ب "حنكه".

(٤) في: أ "فإن".

(٥) في: أ "لا".

(قال [الغزالي]: السادسة: إذا ادعى، ولم يحلف، وقال: لي بينة فاطلبوا منه كفيلاً، لم يلزمه ذلك، وإن جرى به رسم القضاة، وإذا أقام فله طلب الكفيل قبل التعديل).

[فصل في المسألة السادسة: في طلب الكفيل لإحضار البينة]

[قال الرافعي] من ادعى على إنسان عيناً، أو ديناً، و لم يحلفه، وطلب كفيلاً(١) منه، ليأتي بالبينة، لم يلزمه إعطاء كفيل، وإن اعتاد القضاة، خلافهُ، هذا هو المشهور.

ورأيت لبعض المتأخرين أن الأمر فيه إلى رأي الحاكم، وإن أقام شاهدين، وطلب الكفيل إلى أن يُعدلا طولب به(٢)، لأنه أتى بما عليه، والنظر في حال الشهود من وظيفة القاضي، والظاهر/ العدالة، فإن امتنع من إعطاء الكفيل حبس لهذا الامتناع، لا لثبوت ٥٦٢/ز الحق، والامتناع منه، هكذا أطلق الإمام، وصاحب الكتاب. لكن يجيء فيه الخلاف من وجوه. أحدها: أن في أصل كفالة البدن، قولان مذكوران في باب "الضمان" أنها لاتصح(٣).

والثاني: أنّ في فتاوى القفال: أنه لايلزمه أن يعطى كفيلاً، لأن الحق لم يثبت بعد، لكن للحاكم أن يطالبه به إذا أدى اجتهاده إليه، وخاف منه الهرب.

والثالث: أنا ذكرنا في آخر الباب الثاني من "الشهادات" أن المدعى إذا كان عيناً ينتزع في هذه الحالة، وإن كان ديناً فيحبس المدعى عليه على أحد الوجهين(٤)، وكل واحدٍ من الانتزاع والحبس مغنٍ عن الكفيل، فإن طلب المدعي الكفيل دون الانتزاع والحبس، فيجوز أن لايجاب أيضاً، لما على المكفول ببدنه من تحمل مِنَّةِ الكفيل.(٥) والله أعلم.

---

(١) في: ز "وطلب منه كفيلاً".

(٢) وهو الصحيح. انظر: الروضة ٣١/١٢.

(٣) "لأنها ضمان مالايدخل تحت اليد، ولا يقدر على تسليمه" والصحيح أن كفالة البدن صحيحة وهو المشهور. انظر: الوجيز ١٨٤/١، وفتح العزيز مع المجموع ٢٧٢/١، والروضة ٢٥٣/٤.

(٤) انظر: الروضة ٢٥٦/١١ و ٢٥٧.

(٥) في ز فقط "ولا يخفى أن المسألة لا اختصاص لها بركن الجواب"

(قال [الغزالي]: الركن الثالث[١]: في الحلف: والنظر[٢] في الحلف، والحالف، والمحلوف عليه، والحكم: أما الحلف فيجري فيه التغليظ، إلا في مال هو دون نصاب الزكاة. ولو أنكر السيد عتق عبدٍ خسيسٍ، لم تغلظ يمينه، فإن نكل غلظ على العبد، لأنه يدعي العتق، وكل مالا يثبت بشاهد، ويمين، يجري فيه التغليظ. ويجري أيضاً في عيوب النساء، وكيفيته، وكونه مستحقاً، أو مستحباً ذكرناه في اللعان، ويغلط على المخدرة بحضور الجامع، ولا يعذر بالتخدر، وشرط اليمين أن يطابق الإنكار، وأن يقع بعد عرض القاضي، فلو بادر قبل طلب[٣] القاضي، لم يعتد به)[٤].

[الفصل الأول: في نفس الحَلِفِ]

[قال الرافعي]: أحد الأركان التي تدور عليها الخصومات الشرعية، اليمين على مامرَّ، وقد تكلم في هذا الركن في أُربعة أطرافٍ: نفس الحلف، وما يحلف عليه ومن يحلف[٥]، ومايحلف له، وفائدته، وحكمه.

فأما مايحلف به فموضع بيانه[٦] في كتاب الأيمان. وأما من يحلف له، فهو الخصم، وأمره ظاهر[٧].

أما الطرف الأول، وهو نفس الحلف، فصيغ اليمين مستوفاة في موضعها. والمقصد[٨] الآن بيان قاعدتين.

إحداهما: للتغليظ مدخلٌ في الأيمان المشروعة في الدعاوى، مبالغة في الزجر[٩]،

---

(١) في: ز "الثاني".
(٢) "في الحلف" والنضر" ليست في: ز.
(٣) في: ظ "عرض".
(٤) في: ظ "بها".
(٥) "ومن يحلف" ليست في: أ.
(٦) "في" ليست في: ز.
(٧) انظر: الوجيز ٢٢٣/٢ و ٢٢٤، والروضة ١٠/١١ و ١١.
(٨) في: أ "القصد".
(٩) في: ز "للزجر وتأكيداً للأمر".

وتأكيداً في الأمر، وفيه مسائل:

إحداها: التغليط يقع بوجوهٍ. أحدها: التغليظ اللفظي، وهو على ضربين.

المسألة الأولى وجوه تغليظ الحلف

أحدهما: التعديد[١] والتكرير، وهو مخصوص بالقسامة، واللعان، وواجب فيهما.

والثاني: زيادة الأسماء، والصفات بأن يقول: وا لله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر مايعلم من العلانية.

أو يقول: با لله الطالب، الغالب المدرك، المهلك، الذي يعلم السر وأخفى، وهذا الضرب مستحب، فلو اقتصر على قوله: با لله كفى.

واستحب الشافعي - رضي ا لله عنه - أن يُقْرأ على الحالف قوله تعالى: ﴿**إن الذين يشترون بعهد ا لله وأيمانهم ثمناً قليلاً**﴾[٢] الآية.

وأن يُحضر المصحف، ويوضع في حِجْرِ الحالف.

وذكر بعض الأصحاب: أنه يحلف قائماً زيادة في التغليظ.

والوجه الثاني: التغليظ بالمكان.

والثالث: التغليظ بالزمان، وهما بتفصيلهما مذكوران في باب اللعان[٣].

والتغليظ بالمكان مستحب، أو واجب؟ متى لايعتد بالحلف في مكان آخر؟ فيه قولان.

أصحهما: الأول[٤]. وفي التغليظ بالزمان، طريقان، منهم من جعله على القولين ومنهم من قطع فيه بالاستحباب، وعن ابن القاص: القطع بالاستحباب في التغليظ بالمكان[٥] أيضاً. ورأى الإمام: طرد الخلاف في الضرب الثاني من التغليظ اللفظي أيضاً.

---

(١) في: أ "التعديل".

(٢) سورة آل عمران من آية ٧٧. وانظر: مختصر المزني ص ٣٠٨، والحاوي ٢٢٢/٢١، وهامش العزيز ١٩٠/١٣.

(٣) انظر: الوجيز ٩١/٢، والروضة ٣٥٤/٨.

(٤) انظر: الروضة ٣٢/١٢، ومغني المحتاج ٤٧٣/٤.

(٥) انظر: أدب القاضي ٢٣٥/١.

ومن وجوه التغليظ المذكورة في اللعان: التغليظ بحضور جمع، ولم يذكروه هاهنا[١]، ويشبه أن يقال: الأيمان التي تتعلق بإثبات حدٍ، أو دفع حدٍ، يكون[٢] التغليظ فيه بالجمع كما في اللعان.

ثم التغليظ يكون بطلب الخصم، أم يغلظ[٣] القاضي، وإن لم يطلب الخصم؟

حكى القاضي ابن كج، فيه وجهين، وذكر: أنَّ الأصح منهما الثاني.

ويشبه أن يكونا جاريين سواءً قلنا: بالاستحباب، أو بالايجاب.

المسألة الثانية التغليظ في دعوى الدم

المسألة الثانية: يجري التغليظ في دعوى الدم، والنكاح، والطلاق، والرجعة، والإيلاء، واللعان، والعتق، والحدِّ، والولاء، والوكالة، والوصاية، وكل ما ليس بمالٍ، ولا المقصد منه المال، حتى يجري في الولادة، والرضاع وعيوب النساء.

وليس قبول شهادة النساء وحدهن فيها، لقلة خطرها، ولكن، لأن الرجال لايطلعون عليها[٤] غالباً.

وتوقف الإمام في الوكالة وقال: الوكالة في دراهم خسيسة، أحسن من تملكها[٥]، فإن تصرف الملاك، أقوى من تصرف الوكلاء[٦]، والتغليظ إنما[٧] يليق بما يعظم خطره، وليس اشتراط الذكورة في شهود الوكالة لشرف الوكالة، لكن للشارع[٨] تعبدٌ في نصاب[٩] الشهادات، فيتبع.

وأما الأموال: فيجري التغليظ في كثيرها دون قليلها، على ماورد في الآثار.

---

(١) انظر: الوجيز ٨٥/٢، والروضة ٣٥٤/٨.

(٢) في: ز "يجري".

(٣) "أم يغلظ" ليست في: ظ.

(٤) في: أ "يطلعون عليه".

(٥) في: أ "ملكها".

(٦) في: أ "الوكالة".

(٧) في: أ "وإنما".

(٨) في: أ "الشارع".

(٩) "نصاب" ليست في: ب.

روي أن عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - "رأى قوماً يحلفون بين المقام، والبيت، فقال[١]: أعلى دمٍ؟ فقالوا: لا. فقال: فعلى عظيمٍ من المال، قالوا: لا. قال[٢]: لقد خشيتُ أن يتهاون الناس، بهذا البيت"[٣] ويروى "أن يهبأ الناس بهذا البيت" يقال[٤]: بهأت بالشيء، إذا أنستُ[٥] به حتى سقطت هيبته من قلبك.

والكثير من المال، مايبلغ عيناً، أو قيمة نصاب الزكاة. وهو عشرون ديناراً، أو مائتا درهم[٦]

والقليل: مادون ذلك، فلا تُغلَّظُ فيه، إلا أن يرى القاضي التغليظ لجرأة يجدها في الحالف، فله التغليظ.

وعن مالك[٧] - رحمه الله - أن الضبط بنصاب السرقة، فيجري التغليظ فيما بلغ ربع دينار، ولا يجري فيما دونه.

وأما أبوحنيفة[٨]، وأحمد[٩] - رحمهما الله - فلا تغليظ عندهما بالمكان ولا بالزمان أصلاً.

المسألة الثالثة ما يجري فيه التغليظ

الثالثة: ما يجري التغليظ فيه[١٠] يستوي فيه يمين المدعى عليه، واليمين المردودة، واليمين مع الشاهد، وقد يقتضي الحال تغليظ اليمين في أحد الطرفين دون الآخر، كما

---

(١) "قال" ليست في: ا.

(٢) في: ب "قد".

(٣) الأثر "أخرجه البيهقي في سننه ٢٩٧/١٠ من كتاب الشهادات، باب تأكيد اليمين بالمكان، من حديث عكرمة بن خالد أن عبد الرحمن بن عوف ..."
وانظر: البدر المنير ٤٥١/٢، والتلخيص ٢١٠/٤ و ٢١١.

(٤) في: أ "فيقال".

(٥) انظر: لسان العرب ٣٥/١.

(٦) انظر: سنن البيهقي ٢٩٧/١٠، وهامش العزيز ١٩١/١٣، والروضة ٣٢/١٢، ومغني المحتاج ٤٧٢/٤.

(٧) انظر: مختصر خليل ص ٢٧٢.

(٨) انظر: الهداية ١٥٩/٣.

(٩) انظر: المقنع ص ٣٥٣.

(١٠) "فيه" ليست في: أ.

إذا ادعى العبد على سيده عتقاً، أو كتابة، فأنكر السيد، فإن بلغت قيمتـه نصابـاً، فيغلـظ عليه في اليمين، لأنه ينفي[١] استدامة مال كثير، وإن لم تبلغ قيمته نصاباً، فلا يغلظ عليـه، فإن نكل السيد، فالعبد يغلظ عليه بكـل حـال لأنـه يدعـي العتـق، والوقـف مـن جـانب المدعى عليه، لا تغليظ فيه إلا إذا بلغ نصاباً، وكذلك من جانب المدعي، إن اثبتناه بشاهد ويمين، وإن لم نثبته فيغلظ فيه كالعتق.

حكاية صاحب "التقريب" وجه أن مايغلظ فيه من أحد الطرفين يغلظ من الآخر، تسوية بين الخصمين. وإذا ادعى الزوج الخلع على مال وأنكرت الزوجة، فالبينونة حاصلة بقوله، وتصدق الزوجة في إنكار المال بيمينها، وينظر في تغليظ[٢] اليمـين إلى قـدر المـال، أهو كثيرٌ أم قليلٌ؟ فإن ردت اليمين، وحلف الزوج، فكذلك، لأن مقصوده المال.

وإن ادعت هي[٣] الخلع، وأنكر الزوج، فتغلظ اليمين عليه، لأن مقصوده استدامة النكاح.

وإن نكل، وحلفت الزوجة، فكذلك، لأن مقصودها الفراق.

المسألة الرابعة من لا تغلظ عليه اليمين

الرابعة: من به مـرضٌ، أو زمانـة[٤] لاتغلـظ عليـه في المكـان، لعـذره، وكذلـك[٥] الحائض إذ لايمكنها اللبث في المسجد، والمرأة المخدرة في إحضارها مجلس الحكم، خلاف سبق، فإن أحضرت، فهي كالرجل في التغليظ.

وإن قلنا: لاتحضر بل يبعث القاضي إليها مـن يحكـم بينهـا، وبـين خصمهـا، فـإذا أفضى الأمر إلى تحليفها، فهل يغلظ عليها بالمكان، وتكلـف حضـور الجـامع؟ فيـه وجهـان محكيّان في "الشامل" وغيره. أحدهما: نعم. ويراعى التغليظ في هذا الوجـه، كمـا يراعـى باللفظ.

---

(١) في: أ "يبقي".

(٢) في: أ، ب، ظ "التغليظ" بدون "اليمين".

(٣) في: أ "على".

(٤) «زمانة» بفتح الزاي والميم - قـال في المصبـاح ١/٢٥٦ "وزمـن" السـخص "زمنـاً" و"زمانـه" فهـو "زمن" من باب تعب. وهو مرض يدوم زماناً طويلاً ...".

(٥) في: أ، ب، ظ "وكذا".

والثاني: لا، لأنا ألحقنا التخدر بالمرض في حضور مجلس الحكم، فكذلك في حضور الجامع، والأول هو المذكور في الكتاب. وبه أجاب الشيخ أبوحامد، ومن تابعه، لكن قيل يُبنى[1] هذا الخلاف على الخلاف في أن التغليظ مستحق، أو مستحب؟[2] وقضية هذا البناء، ترجيح الوجه الثاني.

فرع: من توجهت عليه اليمين لو كان قد حلف بالطلاق أن لايحلف يميناً مغلظة، فإن جعلنا التغليظ مستحقاً، فعليه أن يحلف اليمين المغلظة، ويحنث، وإذا امتنع جُعِلَ ناكلاً، وإن جعلناه مستحقاً، فلا يحنث.

القاعدة الثانية: يشترط في اليمين أن تكون مطابقة للإنكار، فإذا ادعى عليه إتلاف ثوبٍ قيمته عشرة، فإن قال: في الجواب: ما أتلفت حلف كذلك، وإن قال: لايلزمني شيء حلف كذلك، وهذا قد مرَّ.

ويشترط أيضاً وقوعها بعد تحليف القاضي، فلو حلف قبله لم يعتد به.

واحتج له: بأن ركانه - طلق امرأته[3] البتة، وقال: وا لله ما أردت إلا واحدة، قال النبي ﷺ "ما أردت إلا واحدة" فقال: وا لله ما أردت إلا واحدة.

فقيل: كانت امرأته[4] تدعي أنه أراد أكثر من طلقة، وكان عليه أن يحلف، فلم يعتد بيمينه قبل التحليف، وأعاد عليه. ولو قال الحاكم في تحليفه، قل با لله، فقال بالرحمن، لم تحسب، وكان نكولاً.

---

(١) في: أ "بينا".

(٢) في: ز "مستحب أو مستحق".

(٣) في: أ "إمرأة".

وركانه: هو ابن عبد يزيد بن هاشم المطلبي من مسلمة الفتح، ثم نزل المدينة، ومات في أول خلافة معاوية. تقريب التهذيب ٢٥٢/١. والحديث "أن ركانة بن عبد يزيد اتي رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم فقال: إني طلقت امرأتي سهيبة ، ووا لله ما أردت إلا واحدة فردها عليه" قال عنه الحافظ في التلخيص ٢١٣/٣ "الشافعي وأبوداود والترمذي وابن ماجه، واختلفوا هل هو من مسند ركانة، أو مرسل عنه، وصححه أبوداود وابن حيان والحاكم وأعله البخاري بالاضطراب. وقال ابن عبدالبر في التمهيد: ضعفوه.

(٤) في: أ "امرأة".

ولو قال: قل با لله، فقال: وا لله، أو تا الله فوجهان.

أحدهما: أنه نكول، لأنه حلف لا على الوجه الذي حلف، فأشبهت الصورة الأولى.

والثاني: المنع، لأنه حلف بالاسم الذي حلف به، والتفاوت في مجرد الصلة، لايمنع الاعتداد[١].

ويجري الوجهان فيما إذا غلظ عليه باللفظ فامتنع، واقتصر على أن قال: بـا لله. وفيما إذا أراد التأكيد عليه بالزمان، و[٢]المكان، فامتنع.

وقد حكى الخلاف في التغليظ اللفظي القاضي الروياني عن القفال وذكر الأصح: أنه يكون ناكلاً، لأنه ليس له ردُّ اجتهاد القاضي.

وقطع بعضهم في الامتناع من التغليظ اللفظي: أنه لايكون ناكلاً[٣].

وفي التغليظ الزماني، والمكاني: أنه يكون ناكلاً.

والفرق أن التغليظ اللفظي من جنس المأتي به، هو ذكر الله تعالى الذي هو[٤] مناط الحرمة والتعظيم، والتغليظ الزماني، والمكاني ليسا من جنس المأتي به، فلم يكن له الامتناع منهما.

وليعلَّمْ قوله في الكتاب: "إلا في مالٍ هو[٥] دون نصاب الزكاة" بالميم، لما عرفت من مذهبه، أنه يجري التغليظ فيما دون نصاب الزكاة، إذا لم يكن دون نصاب السرقة[٦]، وبالواو أيضاً[٧]، لأن القاضي ابن كج حكى عن أبي الحسين، وجهاً[٨]: أن المال الواجب

---

(١) "لايمنع الاعتداد" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: أ، ب "أو".

(٣) "ناكلاً" ليست في: ب، ظ.

(٤) "الذي هو" ليست في: ب.

(٥) "هو" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: ب "السرقة" وهو خطأ.

(٧) "أيضاً" ليست في: ز.

(٨) في: أ "وجهين". وهو خطأ.

بالجناية عمداً كان[1] أو خطأ يجري فيه التغليظ، وإن كان دون نصاب الزكاة.

وقوله: "لم تغلظ يمينه" وقوله: "وتغلظ على المخدرة" مرقومان بالواو، لما تقدم.

ويمكن إعلام قوله: "وشرط اليمين أن يطابق الإنكار" أيضاً بالواو، لأنا أسلفنا وجهين في أن المدعى عليه، لو أنكر الجهة التي أسند المدعي إليها دعواه من إقراض، أو إتلاف، ثم أراد أن يقتصر في يمينه على نفي اللزوم، ولا يتعرض لتلك الجهة، هل يمكن منه؟ فإن مكناه لم يكن من شرط اليمين أن يطابق الإنكار.

(قال [الغزالي]: وأما المحلوف[2] عليه، فيحلف على البت في كل ماينسبه إلى نفسه، من نفيٍ، أو إثباتٍ، ويحلف على البت في الإثبات[3] المنسوب إلى غيره، وفي النفي يكفي الحلف على / نفي العلم، فيقول: لا أعلم على مورثي ديناً، ولا أعلم منه إتلافاً وبيعاً، وهل يثبت في نفي أرش الجناية عن العبد؟ فيه وجهان. ٥٦٤/ز

وفي نفي[4] الإتلاف عن البهيمة[5] التي قصَّر بتسريحها يجب البت).

[فصل: في المحلوف عليه]

[قال الرافعي] الحالف تارة يحلف على البت، وأخرى على العلم، ومقصود الفصل، بيان موضع القسمين، فإن كان يحلف على فعل نفسه، فيحلف على البت سواءً كان يثبته أو ينفيه، لأنه يعرف حال نفسه، ويطلع عليها، وإن كان يحلف على فعل الغير، فإن كان في إثبات، فيحلف على البت أيضاً[6]، لأنه يسهل الوقوف عليه، وهذا كما أنه يشهد به.

---

(١) في: ز "كانت".

(٢) في: ز "المحكوم".

(٣) في: أ "الإثباتات المنسوبة".

(٤) في: ظ "نفس".

(٥) في: أ "بهيمته".

(٦) في: ظ "يعرض".

وإن كان على النفي فيحلف على أنه لايعلمه، لأن النفي المطلق يعسر الوقوف على سببه، ولهذا لايجوز الشهادة على النفي، وقد يعبر[١] عن الغرض بعبارة أخرى، فيقال: إن كان الحلف على الإثبات، فيجب البت سواءً كان المثبتُ فعل نفسه، أو غيره[٢]. وإن كان على النفي، فإن نفي فعل نفسه، حلف على المبت أيضاً، وإن حلف على فعل غيره حلف على العلم[٣]، وقد تختصر[٤] فيقال: اليمين على البت أبداً، إلا إذا حلف على نفي[٥] فعل الغير.

إذا تقرر ذلك فمن ادعى عليه مال، فأنكر[٦]، حلف على البت، فإن ادعى ابراءً، أو قضاءً، وأنكر المدعى، حلف على البت.

لو ادعى وارث على إنسان

ولو ادعى وارث على إنسان أن لمورثي عليك كذا، فقال المدعى عليه: إنه قد أبرأني، أو قبضه، حلف المدعى على نفي العلم بإبراء المورث وقبضه.

ومن[٧] في يده دار[٨] إذا جاء مدع، وقال: غصبها مني أبوك أو بائعك، فأنكر، حلف على نفي العلم، بأنهما[٩] غَصَبا.

ولو ادعى إنسان على وارث ميت ديناً على الميت، لم يكف ذكر الدين، ووصفه، بل يذكر مع ذلك موت من عليه، وأنه حصل في يده من التركة، مايفي بجميعه أو ببعضه[١٠]، وأنه يعلم دينه على مورثه.

---

(١) في: ظ "يعرض".

(٢) في: ظ "أو فعل غيره".

(٣) في: أ "على نفي العلم".

(٤) في: أ "يحضر".

(٥) "نفي" ليست في: ظ.

(٦) في: أ "وأنكر".

(٧) "من" ليست في: أ.

(٨) "دار" ليست في: ظ.

(٩) في: ظ "بأنها".

(١٠) في: ز "بعضه".

وهكذا كل مايحلف المنكر فيه على العلم، يشترط في الدعوى عليه التعرض[١] لعلمه[٢]. فيقول: إن مورثك غصب كذا، وأنت تعلم أنه غصبه، ثم إذا تعرض لجميع ذلك فإن أنكر الوارث الدين، حلف على نفي العلم، فإن نكل حلف المدعي على البت، وإن أنكر موت من عليه، فثلاثة أوجه:

أحدها: عن ابن القاص، والشيخ أبي عاصم: أنه يحلف على البت، لأن الظاهر اطلاعه عليه.

وأصحهما: أنه يحلف على نفي[٣] العلم كما لو أنكر غصبه وإتلافه. وقد يكون موته في الغيبة، فلا يطلع الوارث عليه.

وثالثها: عن الشيخ أبي زيد: الفرق بين من عهد حاضراً، أو غائباً، وإن أنكر حصول التركة عنده، حلف على البت، وإن أنكر الدين، وحصول التركة معاً، فأراد أن يحلف على نفي التركة وحده، وأراد المدعي تحليفه على نفي التركة، وعلى نفي العلم بالدين معاً، فعن ابن القاص: أنه يحلف عليهما، لأن للمدعى غرضاً في إثبات الدين، وإن لم يكن عند الوارث شئ، فلعله يظفر بوديعة، أو دين له على إنسان، فيأخذ[٤] منه حقه.

ولو ادعى على رجل أن عبدك[٥] جنى عليَّ بما يوجب كذا، وأنكر فوجهان:

أحدهما: وهو المذكور في "الشامل" أنه يحلف على نفي العلم، لأنه حلف يتعلق بفعل الغير.

وأصحهما: أنه يحلف على البت، لأن عبده مالهُ، وفعله كفعل نفسه، ولذلك سُمِعَتْ الدعوى عليه، وربما بُني الوجهان على أن أرش الجناية يتعلق بمحض الرقبة، أم يتعلق بالرقبة، والذمة جميعاً، حتى يتبع بما فضل بعد العتق؟ فإن قلنا: بالأول، حلف على

---

(١) في: ز "للتعرض".
(٢) "لعلمه" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) "نفي" ليست في: أ، ب، ظ.
(٤) في: أ، ب، ظ "وأخذ".
(٥) في: أ "عندك".

البت[١]، لأنه يحلف ويخاصم لنفسه، وإن قلنا: بالثاني، فعلى العلم، لأن للعبد على هذا ذمة تتعلق بها الحقوق، والرقبة كالمرتهنة بما عليه.

وإذا ادعى عليه أن بهيمته أتلفت زرعاً، وغيره بحيث يجب الضمان بإتلاف البهيمة، فأنكر، يحلف[٢] على البت، لأنه لاذمة لها، والمالك لايضمن بفعل البهيمة، وإنما يضمن بالتقصير في حفظها، وهذا أمر يتعلق بنفس الحالف.

ولو نصب البائع وكيلاً ليقبض الثمن، ويسلم المبيع، فقال له المشتري: إن موكلك أذن في تسليم المبيع، وأبطل حقَّ الحبس، وأنت تعلم، فقولان عن حكاية ابن القاص.

أحدهما: أنه يحلف على نفي العلم، ويديم الحبس إلى استيفاء الثمن.

والثاني: وهو اختيار أبي زيد: أنه يحلف على البت، لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع، وعن ابن القاص: أنه إذا طولب البائع بتسليم المبيع فادعى حدوث عجز عنه، وقال للمشتري: أنت عالمٌ به فأنكر، يحلف على البت، لأنه[٣] يستبقي بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه. وأنه لو مات عن ابنٍ في الظاهر، فجاء[٤] آخر، وقال: أنا أخوك، والميراث بيننا، فأنكر، يحلف على البت أيضاً، لأن الأخوة رابطةٌ جامعةٌ بينهما، فهو حالفٌ في حق نفسه[٥]، ونازعه منازعون في الصورتين، وقالوا: يحلف على العلم[٦]. والله أعلم.

---

(١) في: ط "الأول".
(٢) "يحلف" ليست في: أ.
(٣) في: أ، ب "لا".
(٤) في: أ "فجأنا".
(٥) "حق" ليست في: أ، ب، ظ.
(٦) قال النووي في الروضة ٣٦/١٢ "قلت: نفي العلم هو الصحيح".

(قال [الغزالي]: ثم تحلُّ له اليمين البت بظنٍ يحصل له من خطٍ، أو قرينـةٍ حـال من نكول خصم، أو غيره[١]، ويُنظر في اليمن إلى نيـة القـاضي، وعقيدتـه، فـلا تصح تورية الحالف، ولا قوله: إن شاء الله. بحيث لايسمع القاضي، ولا يحـل للشـفعوي أن يحلف عند القاضي الحنفي على نفي اللزوم، في شفعة الجار[٢]، بتـأويل اعتقـاد نفسـه، بل إذا ألزمه القاضي، صار لازمـاً ظـاهراً، وعليـه أن يحلـف، وهـل يلزمـه باطنـاً؟ فيـه خلاف، وقيل: إن كان مجتهداً لم يلزمه باطناً، وإن كان مقلداً لزمه باطناً).

[فصل ما يحلف فيه على البتت]

[قال الرافعي]: فيه مسألتان: إحداهما: ما يحلـف فيـه علـى البـت، لايشـترط فيـه اليقين، بل يجوز البت بناءً على ظن مؤكدٍ ينشأ من خطه، أو خطٍ أبيه، أو نكول خصمه على ماسبق. المسـألة الأولى ما يحلـف فيـه على البت

ولو استحلف القاضي على البت، حيث تجب اليمين/ فيه على العلـم، فقـد عـدل عن نهـج العـدل[٣]، إلا أن اليمـين تحسـب، وتحمـل[٤] علـى نفـي العلـم، كمـا إذا شـهد الشهود، أنه لا وارث له، إلا فلان، تقبل الشهادة، وتحمل على أنه لايعلم وارثاً غيره. ٥٦٥/ز

الثانية: النظر في اليمين إلى نية القاضي المستحلف، وعقيدته، أما[٥] النية، فالتوريـة والتأويل على خلاف قصد القاضي، لا يُغني ولا يدفع إثم اليمين الفاجرة. المسألة الثانيـة: النظـر إلى نيـة القـاضي المسـتحلف وعقيدته

ولو استثنى، أو وصل باللفظ شرطاً بقلبه، ونيته، أو فعل ذلك بلسـانه، ولكـن لم يسمعه القاضي[٦]، فكذلك وإن سمعه[٧] عزره، وأعاد عليه اليمين[٨].

---

(١) في: ز "وغيره".
(٢) في: أ "الجواز".
(٣) في: ب "الصواب والعدل".
(٤) في: ز "وتجب" وهو خطأ.
(٥) في: ب "وأما".
(٦) في: أ، ب، ظ "الحاكم".
(٧) في: أ، ب، ظ "سمعه الحاكم".
(٨) ورد بهامش العزيز ١٩٨/١٣، تعليق على قوله "وأعاد عليه اليمين" فليرجع إليه.

وإن وصله[١] بكلام لم يفهمه القاضي منعه منه، وأعاد اليمين عليه.

وكذلك ذكره في "التهذيب" فإن قال: كنت أذكر الله تعالى. قال له: ليس هذا[٢] وقتاله.

وأما العقيدة، فإذا ادعى حنفي على شافعي شفعة الجوار، والقاضي يرى إثباتها، فأنكر المدعى عليه، فليس له أن يحلف، بناء على اعتقاده في شفعة الجار، بل عليه اتباع القاضي، ولزمه في الظاهر ما ألزمه القاضي[٣]، وهل يلزمه في الباطن؟ حكى المصنف فيه وجهين.

وهذا الخلاف كالخلاف المذكور في الباب الثاني من "أدب القضاء": أن الحنفي إذا حكم للشافعي بشفعة الجار، هل يحل له أو هو هو؟ وميل الأكثرين إلى الحلِّ، كما ذكره في الكتاب[٤] هناك. وهو الجواب في فتاوى القفال، ويوافقه ما اتفقوا عليه هاهنا من ترجيح اللزوم باطناً. وعن صاحب "التقريب": أن القضاء في المجتهدات ينفذ في حقِّ المقلد ظاهراً وباطناً، ولاينفذ في حقِّ المجتهد باطناً، حتى لو كان الحالف مجتهداً، وحلف على موجب اجتهاده لم يأثم[٥]. والله أعلم.

هذا مايتعلق بالطرف الثاني: وهو المحلوف عليه.

---

(١) في: أ "فصله".

(٢) في: أ "ليس لي هذا أو قاله".

(٣) "ما ألزمه القاضي" ليست في: ب، ظ.

(٤) انظر: الوجيز ٢٤١/٢، والروضة ١٥٤/١١.

(٥) ورد بهامش العزيز ١٩٩/١٣ "دعواه اتحاد الحالف فيه نظر، لأن الخلاف في لزومه باطناً، راجع إلى الحكم لا إلى اليمين، وذلك أن هاهنا شيئين. أحدهما: اليمين. والآخر: الحكم، فاليمين لازمة جزماً راعياً مع نفسه اعتقاده اثم، وأما الحكم ففيه الخلاف".
وقال النووي في روضته ٣٧/١٢ "هذا إذا حلفه القاضي، أو نائبه، وأما إذا حلف الانسان ابتداء، أو حلفه غير القاضي من قاهر، أو خصم، أو غيرهما، فالاعتبار بنية الحالف بلا خلاف، وتنفعه التورية قطعاً، وسواء حلف بالله تعالى، أو بطلاق وعتاق وغيرهما، صرح به الماوردي، ونقله ابن الصباغ عن الأصحاب. ذكراه في كتاب الطلاق".

(قال [الغزالي]: وأما الحالف فهو كل من توجه عليه دعوى صحيحة، فيحلف في إنكار النسب، والولادة، والرجعة، والنكاح، والظهار، والإيلاء، ولا يحلف في حدود الله تعالى: إذ لامدعى فيها، ولا يحلفُ القاضي، والشاهد ويحلفُ القاضي بعد العزل، ولا يحلف الصبي إذا ادعى البلوغ، بل يصدق.

ولو قال: أنا صبي، لم يحلف، بل ينتظر بلوغه، إلا الصبي المشرك، إذا ادعى أنه استنبت الشعر بالعلاج، فإنه إن لم يحلف قتل. وقيل: يحبس حتى يبلغ، ثم يحلف، فإن نكل قتل. ولا يحلف الوصي، والقيمُ إذ لايقبل إقرارهما. أعني بالدين على الميت.

ولايحلف من ينكر الوكالة باستيفاء الحق، فإنه وإن علم أنه وكيل فيجوز جحود الموكل[١]، وهل يجوز للوكيل بالخصومة[٢] إقامة البينة على وكالته، من غير حضور[٣] الخصم؟ فيه وجهان).

[الفصل الثالث: في الحالف وفيه مسائل]

[قال الرافعي]: الطرف الثالث الحالف: وهو كل من تتوجه عليه دعوى صحيحة.

وقيل[٤]: من توجهت عليه دعوى صحيحة[٥].

ولو أقر بمطلوبها ألزم به، فإذا أنكر، يحلف عليه، ويقبل منه. ولابد من استثناء صور من هذا الضبط فنوردها[٦] مع مايخرج منه، ويدخل فيه في مسائل:

المسألة الأولى ما يجرى فيه التحليف

إحداها: يجري التحليف في النكاح، والطلاق، والرجعة، والفيئة في الإيلاء، وفي العتق، والاستيلاد، والولاء، والنسب.

---

(١) في: أ "الوكيل الموكل".
(٢) في: ز "بالوكيل للخصومة".
(٣) في: ز "من غير خصومة".
(٤) في: أ "وقد" وفي: ز "يقال".
(٥) "صحيحة" ليست في: ز.
(٦) في: أ، ز "فنؤديها".

وقال أبوحنيفة: لايحلف المدعى عليه في هذه الأبواب، بناءً على أن المطلوب من التحليف الإقرار، أو النكول، ليحكم بالنكول.

والنكول نازل منزلة البدل، والإباحة، ولا مدخل للبدل والإباحة في هذه الأبواب[١]. وقال مالك[٢]، وأحمد[٣]: يجري التحليف فيما لايثبت إلا بشاهدين ذكرين إلحاقاً له بالحدود.

وعن أحمد[٤]: رواية أخرى: أنه يجري التحليف في القصاص، وحد القذف، والطلاق، والعتاق. لنا مطلق قوله ﷺ : "اليمين على من أنكر" وحديث ركانة، حيث حلفه ﷺ في الطلاق، وأيضاً فإنه انكر ما توجهت به الدعوى، فيحلف كسائر مايحلف فيه.

المسألة الثانية سماع الدعوى في حدود الله تعالى

والثانية: حدود الله تعالى لا تسمع فيها الدعوى، ولا يطلب الجواب، لأنها ليست حقاً للمدعي، ومن له الحق، لم يأذن في الطلب والإثبات، بل أمر فيه بالإعراض، والدفع بما أمكن.

نعم لو[٥] تعلق به حقٌّ آدمي[٦]، كما إذا قذف غيره، فطلب[٧] المقذوف حد[٨] القذف، فقال القاذف: حلفوه على أنه لم يزن، فالظاهر أنه يحلف كما ذكرنا في شرح المسألة الثالثة[٩]، من ركن الدعوى[١٠]، فإن حلف، أقيم الحد على القاذف، وإن نكل، وحلف القاذف سقط حد[١١] القذف عنه. و لم يثبت بحلفه حد الزنا على المقذوف.

---

(١) بخلاف أبي يوسف ومحمد، فإنه يحلف في ذلك كله إلا في الحدود. انظر: الهداية ١٥٧/٣.
(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٦، والتاج والإكليل ١٨٠/٦ و ١٨١.
(٣) انظر: المقنع ص ٣٥٢.
(٤) انظر: المقنع ص ٣٥٢.
(٥) في: ز "إن".
(٦) في: ظ "الآدمي".
(٧) "فطلب" ليست في: أ.
(٨) في: ظ "حق".
(٩) في: أ "الثانية".
(١٠) انظر: ص ٧٤٩، والروضة ١٢/١٢.
(١١) في: أ "حق".

ولو ادعى سرقة ماله، سمعت دعواه للمال، وحلف المدعى عليه، فإن نكل، حلف المدعي، واستحق المال، ولم يقطع المدعى عليه[1]، لأن حدود الله تعالى لاتثبت باليمين المردودة.

وإذا أقر بما يوجب الحد، وادعى شبهة، كما إذا وطيء جارية أبيه، وقال: ظننتها تحل لي، وهو ممن يجوز أن يشتبه عليه مثله، حلف وسقط بحلفه الحد، ولزم[2] المهر، وتسمع الدعوى.

ويجري التحليف في القصاص، وحد القذف، وكذا في الشتم، والضرب الموجبين للتعزير.

المسألة الثالثة ادعى على القاضي أنه ظلمه في الحكم ونحو ذلك

الثالثة: لو ادعى على القاضي: أنه ظلمه في الحكم، أو على الشاهد أنه تعمد الكذب، أو غلط، أو ادعى عليه مايوجب سقوط شهادته، فهذا شيء لو اعترف القاضي والشاهد به، لأفاد اعترافهما التغريم، وانتفع به المدعي. لكن منصبهما يأبى التحليف على ما تقدم في آخر الباب الأول - من أدب القضاء[3] - ومرة أخرى في كتاب الدعاوى[4].

ولو ادعى على المعزول أنه حكم أيام قضائه عليه ظلماً، وأنكر فقد ذكرنا وجهين: في أنه يحلف، أو يصدق بغير يمين، والذي أجاب به في الكتاب هاهنا، أنه يحلف فيعلمُ بالواو للوجه الآخر.

والكلام / على ماتبين هناك مائلٌ إلى ترجيحه، وهذا في الدعوى التي تتعلق بالحكم. ٥٦٦/ز

وأما مالا يتعلق بالحكم، كدعوى الأموال، وغيرها، فسبيله سبيل سائر الناس في الخصومات الشرعية، ويحكم فيها بينه وبين المدعي، خليفته، أو قاضٍ آخر.

---

(١) "عليه" ليست في: أ.

(٢) في: ز "ولزمه".

(٣) انظر: الوجيز ٢/٢٣٩، والروضة ١١/١٣١.

(٤) في: ز "الدعوى".

المسألة الرابعة الصبي إذا ادعى البلوغ بالاحتلام

الرابعة: الصبي إذا ادعى البلوغ بالاحتلام[١] في وقت الإمكان، صدق، ولا يحلف على مابيناه في الإقرار[٢].

ومن ادعي عليه شيء فقال: أنا صبي بعد، وهو محتمل، لم يحلف ووقفت الخصومة إلى أن يتحقق بلوغه. وإن وقع في السبي من أنبت، وقال: استنبت الشعر بالعلاج، وأنا غير بالغ، فهذا ينبى على أن إنبات العانة، عين البلوغ، أو علامته؟ وفيه قولان، قد سبق ذكرهما في الحجر[٣]. فإن قلنا: بالأول، فلا حاصل لكلامه. وإن قلنا: بالثاني: وهو الأصح، فالمشهور، والمنقول عن النص: أنه يحلف، وفيه إشكال من جهة أنه يدعي الصبا، وتحليف من يدعي الصبا، لا وجه له على ما تقرر في الإقرار.

فعن أبي الحسين بن القطان: أن هذا التحليف نوع احتياط واستظهار، وكذلك ذكره القفال في "شرح التلخيص" وقضية كلام الأكثرين، أنه واجبٌ، وصرح به القاضي الروياني، ونفي الخلاف فيه، واعتمد هؤلاء في تحليفه على دليل الإثبات، وقالوا[٤]: كيف يترك الدليل الظاهر، بزعم مجرد؟

وإذا حلف، فإن حلف ألحق بالذراري، وحقن دمه، وإن نكل فالذي حكاه ابن القاص عن النص: أنه يقتل[٥]، وعده في جملة صور، ادعى فيها بالنكول على خلاف المشهور[٦]، من مذهب الشافعي - رضي الله عنه - وقال: غيره ليس هذا حكماً بالنكول، ولكن قام الدليل على البلوغ، ولم يظهر دافعٌ، فأجري عليه حكمه.

وفي المسألة وراء المنقول عن النص وجوهٌ.

أحدها: أنه يُخلى، ولا يقضى عليه بالقتل.

والثاني: أنه يحبس حتى يحلف، أو يقر.

---

(١) في: ز "الاحلام".
(٢) انظر: الوجيز ١٩٧/١، والعزيز ٢٩٩/٥، والروضة ٣٥٨/٤.
(٣) انظر: الوجيز ١٧٦/١، والروضة ١٧٨/٤، ومغني المحتاج ١٦٧/٢.
(٤) في: أ "وقال".
(٥) في: ز "يقتله".
(٦) انظر: الوسيط ٤٢٨/٧، الروضة ٣٩/١٢، ومغني المحتاج ٤٧٦/٤.

والثالث: وهو المذكور في "الكتاب": أنه يحبس إلى تحقق بلوغه، ثم يحلف على[1] ما أدعاه من الاستعجال، فإن لم يحلف، فيقتل، وهذا تحرزٌ من تحليف من يدعي أنه صبيٌّ.

واعلم أن صورة دعوى الاستنبات بالعلاج، قد جرى لها ذكر في "باب السير" إلا أن المذكور هناك: أنه إذا حلف يصدق والمذكور هاهنا، للطرف الآخر، وهو أنه إذا نكل ماذا يفعل؟.

المسألة الخامسة ادعى مدعى ديناً على ميت

الخامسة: ادعى مدعي ديناً على ميتٍ، أو ادعى أنه أوصى له بشيء، وللميت وصيٌّ في قضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، فأنكر، نظر: إن كان للمدعي بينة، حكم بها، وإن لم يكن له بينة[2]، وأراد تحليف الخصم على نفي العلم[3] بذلك، لم يمكن، لأن مقصود التحليف أن يصدق[4] الخصم، فيقر إن كان المدعي محقاً.

والوصيُّ لايُقبل إقراره بالدين، والوصية، فلا معنى لتحليفه[5].

نعم لوكان[6] وارثاً فيحلف بحق الوراثة.

وقيم القاضي في ذلك، كالوصي، ومن عليه حق إذا طالبه به مطالب، وزعم أنه وكيل[7] صاحب الحق ولم يأت ببينةٍ، وأراد تحليفه على نفي العلم بالوكالة، لم يمكن، لأنه وإن اعترف بالوكالة لايلزمه التسليم من حيث أنه لايأمن جحود صاحب الحق الموكل. هذا ما أطلقه في الكتاب، وهو مستمر على ظاهر المذهب، لكن قد مر في آخر

---

(١) في: ز "يحلف إلى أن يتحقق ... ثم يحبس".

(٢) في: أ "وإلا أن يصدق وأراد". وفي ز "وإلا وأراد".

(٣) "نفي العلم بذلك" ليست في: أ.

(٤) "أن يصدق" ليست في: أ.

(٥) "وذلك لأن صاحب الدين يشترط تحليفه على نفي المسقطات للدين، وفي المسألة نظر، لأن الوصي إذا علم الدين، وأنكر [تبرير جلده] الميت، ولم يعلم الحاكم بذلك، فلم لايقضيه الوصي العالم به من ماله، لكن قد يقال: يمينه على نفي المسقطات من الايراد ونحوه مستحقه، فكيف يستقل بإيفاء الدين، وكيف يغرم الوصي من غير ضمان، ولا سبب يوجب ذلك" انظر: هامش العزيز ١٣/٢٠٢.

(٦) في: ز "إن لو".

(٧) في: أ "وكل".

كتاب الوكالة[1]، نقل خلاف في أنه هل يلزمه التسليم إذا اعترف بالوكالة؟ وبينا أنه إن لزمه كان للمدعي تحليفه[2]، وأنه وإن لم يلزمه التسليم يُمكن من تحليفه أيضاً.

إذا قلنا: إن اليمين المردودة كالبينة

فيجوز أن يعلم لذلك قوله هاهنا: "ولا يحلف من ينكر الوكالة" بالواو، وقياس مانقلنا هناك إعلامه بالحاء والزاء أيضاً، ثم هذه المسائل مختومة بفرع:

فرع الوكيل بالخصومة هل له إقامة البنية

وهو أن الوكيل بالخصومة، هل له إقامة البينة على وكالته من غير حضور الخصم؟ فيه وجهان:

حكى الإمام عن القاضي الحسين: أنه لابد منه، لأنه حق عليه. وعن غيره: أنه لاحاجة إليه، لأنه يثبت ولاية لنفسه، وذكرنا[3] في الوكالة: أن الإمام حكى عن القاضي الحسين[4] إذا كان الخصم غائباً ينصب القاضي مسخراً عنه، كأن المراد هاهنا ما إذا كان حاضراً في البلد، وهناك ما إذا كان غائباً عن البلد، والأظهر سماع البينة، وأنه لاحاجة إلى حضوره، ولا إلى نصب مسخرٍ.

ولو وكل بالخصومة في مجلس الحكم استغنى عن حجة يقيمها، إن كان الخصم حاضراً، هناك، وإن لم يكن فلتُبنى على أن القاضي هل يقضي بعلمه؟[5].

(قال [الغزالي]: وأما حكم اليمين فهو انقطاع الخصومة في الحال لا براءة[6] الذمة، بل للمدعي بعد ذلك أن يقيم البينة، ويعتذر بأنه لم يعلم بأن[7] له بينةً، وإن كان أقر بأنه لابينة له حاضرة، وغائبة، ففي القبول وجهان، ولو قال: كذب شهودي بطلت البينة، وفي بطلان دعواه وجهان: فإن قلنا: لاتبطل فادعى الخصم إقراره

---

(١) انظر: الوجيز ١/١٩٤، والعزيز ٥/٢٧٩، والروضة ٤/٣٣٥.
(٢) في: ز "أن يحلفه".
(٣) في: ظ "ذكرناه".
(٤) "الحسين" ليست في: ب، ز.
(٥) انظر: الوجيز ٢/٢٤١، والعزيز ١٢/٨٦.
(٦) في: أ "لإبراء".
(٧) في: أ، ب، ظ "أن".

بكذب الشهود، وأراد أن يقيم عليه شاهداً، ويحلف معه ليسقط[١] البينة، لم يجز لأن مقصوده الطعن، وإن قلنا: تبطل دعواه جازت الحجة الناقصة لإسقاط[٢] الدعوى بالمال).

[الفصل الرابع: في حكم اليمين وفيه مسألتان]

[قال الرافعي]: الطرف الرابع: فائدة اليمين، وحكمها، وهو انقطاع الخصومة، والمطالبة في الحال لا سقوط الحق، وبراءة الذمة. المسألة الأولى فائدة اليمين، وحكمها

روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ : "أمر رجلاً بعدما حلف بالخروج من حق صاحبه" كأنه عرف كذبه[٣] فدل[٤] أن اليمين، لاتوجب البراءة، فلو.

أقام المدعي بينة بعدما حلف المدعى عليه، سُمعت، وقضى بها، وكذا لو ردت اليمين على المدعي، ونكل، ثم أقام بينة، وهذا إذا لم يتعرض وقت التحليف للبينة، وإن كان قد قال: حينئذٍ، لابينة لي حاضرة، ولا غائبة، فهذه الصورة قد[٥] ذكرنا في شرح الفصل الثاني من الباب الثاني من "أدب القضاء"[٦] مضمومة إلى الصورة التي أوردها

---

(١) في: ظ "تسقط".

(٢) في: ز "لإثبات".

(٣) في: أ "عرف كاذباً". وفي: ب "عرف أنه كاذبا".

(٤) الحديث: أخرجه أبوداود في سننه ٢٢٨/٣، حديث رقم ٣٢٧٥ من كتاب الأيمان والنذور، باب فيمن يحلف كاذباً متعمداً.
وأخرجه أحمد في مسنده ١٣٤/٤ "الموسوعة الحديثية، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤١٤، تحقيق شعيب الأرنؤوط وغيره. وقال عنه "إسناده ضعيف".
قال في البدر المنير ٤٥٠/٢ "رواه أبوداود والنسائي، والحاكم وقال: "صحيح الاسناد، وخالف ابن الجوزي فأعله، ثم بان بأنه ليس بعلة، وكذا ابن حزم، حيث قال: إنه خبر ساقط". وانظر تلخيص الحبير ٢٠٩/٤.

(٥) في: ز "فقد ذكرنا هذه الصورة في شرح "

(٦) انظر: الوجيز ٢٤٢/٢، والعزيز ٤٩٦/١٢، والروضة ١٦٣/١١.

هناك، وهي أن يقول: لا بينة[١]، واقتصر عليه وفيها جميعاً اختلاف[٢]، والأظهر: السماع أيضاً، وبينا هناك أنه لو قال: لا بينة لي حاضرة، ثم جاء ببينة، سمعت فلعلها حضرت.

وأنه[٣] لو قال: لي بينة ولكن لا أقيمها، وأريد يمينهُ، ويجيبه القاضي إليه، ويحلفه هذا هو المشهور وفي فتاوى القفال: أنه لايجب على القاضي تحليفه، بل يقول: أحضر البينة.

هذه[٤] إحدى مسالتي الفصل.

المسألة الثانية لو أن مدعياً قال: كذب شهودي ونحو ذلك

والثانية: لو أن مدعياً أقام على مايدعيه شهوداً، ثم قال: كذب شهودي، أو شهدوا مبطلين، فلا شك في سقوط بينته، وامتناع الحكم.

وفي بطلان دعواه وجهان عن صاحب "التقريب" تبطل، وينزل تكذيبه الشهود منزلة تكذيبه نفسه، فليس[٥] له أن يقيم بعد ذلك بينة أخرى.

وأظهرهما: المنع لاحتمال أن يكون هو محقاً في دعواه، أو الشهود مبطلين لشهادتهم بما لايحيطون به علماً، وفي مثل ذلك يقول الله تعالى: **﴿والله يعلم إنك لرسوله، والله يشهد إن المنافقين لكاذبون﴾**[٦].

وبني على الوجهين، ما إذا أقام المدعي شهوداً، فزعم المدعي عليه، أن المدعي أقر بأن شهوده[٧] كذبه، وأقام عليه شاهداً واحداً، وأراد أن يحلف معه هل يمكن، وهل يحكم بشهادته، ويمينه؟ إن قلنا: هذا الإقرار لايبطل أصل الدعوى، فلا، لأن المقصود حينئذ الطعن في الشهود، وإخراج شهادتهم عن أن يحكم بها، وجرحُ الشهود، والطعن فيهم لايثبت بشاهد، ويمين، وإن كانت الشهادة بمالٍ[٨].

---

(١) في: ز "لابينة لي".
(٢) في: أ "خلاف".
(٣) في: ظ "فإنه".
(٤) في: ظ: "هذا".
(٥) في: أ "وليس".
(٦) سورة المنافقون، من آية ١.
(٧) في: أ "شهود".
(٨) في: أ، ب، ظ "في مال".

وإن قلنا: إنه يبطل أصل الدعوى، مكن، لأن المقصود، والحالة هذه إسقاط الدعوى بالمال، فهو بمثابة مالو ادعى الإبراء، فإنه يثبت بشاهدٍ ويمين.

فروع: مما جُمع من[1] فتاوى القفال، وغيره: أقام شاهدين على أن هذه الدار ملكه ورثها من أبيه، فأقام المدعي عليه شاهدين، على أن شاهدي المدعي ذكرا بعد موت الأب أنهما ليسا بشاهدين[2] في هذه الحادثة، وأنهما استباعا الدار منه اندفعت شهادتهما[3].

ولو أقام شاهدين على أن هذه الدار ملكه، فأقام المشهود عليه شاهدين على أن شاهدي المدعي قد قالا لا شهادة لنا في ذلك يسألهما[4] الحاكم: متى قال ذلك شاهدا المدعي؟ فإن قالا: قالاه أمس، أو منذ شهرٍ، ولم تندفع شهادتهما بذلك، لأنهما قد لايكونا[5] شاهدين، ثم يصيرا[6] شاهدين، وإن قالا: قالاه: حين تصديا لإقامة الشهادة، اندفعت شهادتهما.

ولو أقام المشهود عليه شاهدين، أن المدعي أقر بأن شاهديه شربا الخمر، وقت كذا، فإن طالت المدة بينه، وبين أداء الشهادة، لم يقتضْ ذلك رد الشهادة، وإن كانت المدةُ يسيرة، رُدت شهادتهما.

وإن شهدا أنه أقر بأنهما شربا الخمر من غير تعين وقت[7]، سئل المدعى عن وقته، وحكم بما يقتضيه تعيينه.

ولو أقام المدعي بينة، ثم قال للقاضي: لاتحكم بشيء حتى تحلفه كانت بينته باطلةً. ووجه ذلك بأنه[8] كالمعترف، بأن بينته مما لايجوز الحكم بها[9].

---

(١) في: أ، ب، ظ "في".
(٢) من قوله "على أن هذه الدار ... بشاهدين" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) انظر: هامش العزيز ١٣/٢٠٥.
(٤) في: ب "فيسألهما".
(٥) في: أ "لايكونان".
(٦) في: أ "يصيران".
(٧) في: ز "من غير وقت تعين".
(٨) في: ز "فإنه".
(٩) في: أ، ب، ظ "به". وانظر: الروضة ١٢/٤٢. قال "هذا مشكل ..." وهامش٢ العزيز ١٣/٢٠٦.

وقوله في الكتاب "ويعتذر[١] بأنه لم يعلم أن له بينةً" هذا الاعتذار ليس بشرط لإقامة البينة على ماتقرر من أصلنا. نعم، حكى في "التهذيب" أن مالكاً[٢] - رضي الله عنه - قال: إن كان عالماً عند التحليف، أن له بينة، بطل حقه عن البينة، فيجوز أن يعلم لذلك قوله: "بل للمدعي بعد ذلك أن يقيم البينة" بالميم. والله أعلم.

(قال [الغزالي]: ولو قال: حلفني مرةً، فليحلف على أنه ماحلفني، سُمعَ على أحد الوجهين، فلو أجابه بأنه حلفني مرة على أني ما حلفته فليحلف، أنه ما حلفني، لم يسمع، لأن ذلك يتسلسل).

[فصل: في طلب المدعي يمين المدعى عليه]

[قال الرافعي]: إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه، بين يدي الحاكم، فقال: المدعى عليه للحاكم، قد حلفني على هذه مرة[٣] بالتماسه، وليس[٤] له تحليفي، فإن كان القاضي يحفظ مايقوله، لم يحلفه، ومنع المدعي مما[٥] يبغيه، وإن لم يحفظه حلفه، ولا تنفع إقامة البينة فيه، لما مرّ أن القاضي متى يذكر حكمه، أمضاه، وإلا لم يعتمد على البينة.

وعن ابن القاص: يجوز سماع البينة فيه، حكاه القاضي أبوسعد الهروي. وحقهُ الطرد[٦] في كل بابٍ، وإن قال: حلفني عند قاض آخر، وأطلق وأراد تحليفه عليه، فوجهان عن أبي سعيد الإصطخري:

أحدهما: المنع، يحكى هذا عن ابن القاص، وذلك لأنه لايؤمن من أن يدعي المدعي، أنه حلفه على أنه ما حلفه - هكذا يدور الأمر، ولا ينفصل.

وأظهرهما: وهو المذكور في "التهذيب" وغيره: أنه يمكن منه، لأنه محتمل مستبعد ولا يسمع مثل ذلك من المدعي كيلا يتسلسل.

---

(١) في: ب "يغذر".

(٢) انظر: مختصر خليل، ص ٢٦٧، ومواهب الجليل ١٨٦/٦.

(٣) "مرة" ليست في: ب، ز.

(٤) في: ز "فليس".

(٥) في: أ "ما".

(٦) في: ز "للطرد".

وعلى هذا فإن كانت له بينة أقامها، وتخلص عن الخصومة، وإن استمهل ليقيم البينة فقياس البينات الدوافع أن يمهل ثلاثاً.

وعن القاضي الحسين: أنه قال: أرى أن لايمهل أكثر من يوم، لأنه كالمراوغ، المتعنت.

وإن لم تكن بينةٌ حلف المدعي أنه ماحلفه، ثم يطلب المال[1].

وإن نكل، حلف المدعى عليه، وسقطت الدعوى.

فلو أراد أن يحلف يمين الأصل، لايمين التحليف المردودة عليه.

قال في "التهذيب": ليس له ذلك إلا بعد استئناف الدعوى، لأنهما الآن في دعوى أخرى. ولو قال: المدعي في جواب المدعى عليه، قد حلفني مرة على أني ما حلفته مرةً، وأراد تحليفه، لم يجب، لأنه يفضي إلى مالا يتناهى.

ولو ادعى مالاً /على رجل، فأنكر، وحلف، ثم جاء المدعي بعد أيام، وقال: ٥٦٨/ز
حلفت يومئذٍ، لأنك كنت معسراً، و لم يلزمك تسليم شيء إليَّ، وقد أيسرت الآن، فهل تسمع؟ فيه وجهان.

في وجهٍ: تسمع، ويحلف المدعى عليه، لأمكانه. وفي وجه: لا ، لأنه لايتناهى، ويفضى إلى أن لاينفصل الأمر بينهما بحال[2].

فرعٌ: إنما يحلف المدعى عليه إذا طلب المدعي يمينه، فإن لم يطلب، و لم يقلع عن المخاصمة، لم يحلفه القاضي.

ولو[3] حلفه. لم يعتد بتلك اليمين.

وحكى أبوالفرج الزاز: وجهاً آخر: أنه لايتوقف التحليف على طلبه، لأن للمدعى عليه غرضاً في اليمين، وهو سقوط المطالبة، والملازمة، وادعى أن هذا الوجـــه

---

(١) انظر: هامش ٣ العزيز ٢٠٧/١٣.

(٢) انظر: الروضة ٤٣/١٢ "الأصح أنه يسمع إلا إذا تكرر"

(٣) في: ز "فلو".

أصح، ونقله القاضي أبوسعد الهروي عن القفال الشاشي.

والمشهور الأول، وإن امتنع عن تحليفه، ثم أراد أن يحلفه[١] بالدعوى السابقة، جاز، لأنه لم يسقط حقه عن اليمين[٢].

فإن قال: أبرأتك عن اليمين، سقط حقهُ عن اليمين في هذه الدعوى، وله استئناف الدعوى وتحليفه، ذكره في "التهذيب".

(قال [الغزالي]: الركن الرابع: النكول: ولا يثبت الحق به لكن تُردُّ على المدعي إذا تم نكوله، بأن[٣] يقول: لا أحلف، وأنا ناكلٌ أو سكت، وقال القاضي: قضيت بالنكول، أو قال: للمدعي: احلف، وينبغي أن يعرض القاضي[٤] اليمين ثلاث مراتٍ، ويشرح له حكم النكول، فإن لم يشرح، وقضى بالنكول، فرجع، وقال: لم أعرف حكم النكول، ففي جواز الحلف خلافٌ، وحيث منعناه، فلو رضي المدعي بيمينه ففي جوازه وجهان).

[فصل: في النكول]

[قال الرافعي] إذا أنكر المدعى عليه، واستحلف، فنكل عن اليمين، لم يقض عليه بالنكول، ولكن تُردُ اليمين على المدعي، فاذا حلف قضي له.

وعند أبي حنيفة[٥]، وأحمد[٦] يقضى على المدعى عليه بنكوله.

---

(١) "ثم أراد أن يحلفه" ليست في: أ.

(٢) انظر: الروضة ٤٣/١٢، وهامش العزيز ٢٠٨/١٣.

(٣) في: أ، ب، ظ "ويتم بأن ...".

(٤) "القاضي" ليست في: ز.

(٥) الهداية ١٥٧/٣.

(٦) قال في الانصاف ١١٢/١٢: "الذي يقضي فيه بالنكول: هو المال، أو ما مقصوده المال. هذا المذهب.

وعنه: هو المال، أو مقصوده المال، وغير ذلك. إلا قوة النفس.

وعنه: إلا قود النفس وطرفها

واستثنى أبوحنيفة: القصاص في النفس ووافقنا مالك[١] على أنه لايقضى بالنكول، لكن قال: مايثبت بشاهد ويمين، ترد فيه اليمين على المدعي، ومالا يثبت بشاهد، ويمين، لاتردُّ فيه اليمين ولكن يحبس المدعى عليه، حتى يحلف، أو يقر.

واحتج الأصحاب بما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ "رد اليمين على طالب الحق"[٢] وعن عمر - رضي الله عنه - "تحويل اليمين إلى المدعي".

قالوا: والنكول كما يحتمل أن يكون تحرزاً عن اليمين الكاذبة، يحتمل أن يكون تورعاً عن اليمين الصادقة، فلا يقضى به مع التردد، والاحتمال.

إذا عرف ذلك: فلو لم يعرف المدعي تحويل اليمين إليه[٣] بنكول المدعى عليه[٤]، عرفه القاضي، وبين له[٥] أنه إن حلف استحق، وإنما يحصل النكول، بأن يعرض القاضي اليمين عليه، فيمتنع، وفُسر العرض بأن يقول: قل: والله، والامتناع بأن يقول: لا أحلف، وأنا ناكل. قال الإمام: وقوله قل: والله" ليس أمراً جازماً، وإنما المراد بأنه وقت اليمين المعتدِّ بها للمدعى عليه.

ولو قال: اتحلف بالله تعالى. فقال: لا. فهذا ليس بنكول.

ولو[٦] ابتدر حين سمع هذه الكلمة، وحلف، لم يعتد بيمينه، لأنه استخبار لا استحلاف.

ولو قال: احلف. فقال: لا أحلف. ففي "التهذيب" إنه ليس بنكول أيضاً.

---

(١) انظر: مختصر خليل ص ٢٦٨.

(٢) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٩/٤ "حديث ابن عمر ... والدارقطني والحاكم والبيهقي وفيه محمد بن مسروق لايعرف، وإسحاق بن الفرات مختلف فيه، ورواه تمام في فوائده من طريق آخرى عن نافع".
أخرجه الحاكم في كتاب الأحكام ١١٣/٤. وقال: "هذا حديث صحيح الاسناد، و لم يخرجاه".

(٣) "إليه" ليست في: أ، ز.

(٤) في: ز "إليه".

(٥) "له" ليست في: أ، ب.

(٦) في: ز "فلو".

وقال الإمام: هو نكول، وهو واضحٌ، ولا فرق بين قوله: با لله، وبين قوله[1]: أحلف با لله.

استحلف فلم يحلف ولا تلفظ بأنه ناكل أو ممتنع

ولو استحلف فلم يحلف، ولا تلفظ بأنه ناكلٌ، أو ممتنع، فسكوته نكول، كما أن السكوت عن الجواب في الابتداء نازل منزلة الإنكار.

ثم ذكر الإمام وغيره: أنه إن صرح بالنكول، فلا حاجة إلى حكم القاضي بأنه ناكل، وإن سكت فيحكم القاضي بأنه ناكل ليرتب عليه رد اليمين.

وقوله: القاضي للمدعي: احلف، نازل منزلة قوله: حكمت بأن المدعى عليه ناكل. وهذا ما أراده[2] بقوله: ويتم بأن يقول: لا أحلف، أو أنا ناكل، أو سكت. وقال القاضي: قضيت بالنكول، أو قال: للمدعي. احلف. فقوله[3]: أو "سكت" متعلقٌ بقوله: بأن يقول: لا أحلف. وقوله: "أو قال: للمدعي إحلف" متعلق بقوله: "وقال القاضي: قضيت بالنكول.

استحباب عرض اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات

وإنما يحكم القاضي بأنه ناكل إذا لم يظهر كون السكوت لدهشٍ، أو غباوةٍ[4] ونحوهما.

ويستحب للقاضي أن يعرض اليمين على المدعى عليه، ثلاث مرات، والاستحباب فيما إذا سكت أكثر منه فيما إذا صرح بالنكول.

وعن أبي حنيفة[5]: أن العرض ثلاثاً شرطٌ. وإذا تفرس فيه سلامة جانب، شرح له حكم النكول، فإن لم يشرح، وحكم بأنه ناكلٌ قال: المدعى عليه لم أعرف حكم النكول، ففي نفوذ الحكم احتمالان للإمام: أظهرهما: النفوذ، وكان من حقه أن يبحث، ويعرف قبل أن ينكل.

---

(١) "قوله" ليست في: أ، ب.

(٢) في: ز "ما أراد".

(٣) في: أ "وقوله".

(٤) في: أ "عبارة".

(٥) انظر: الهداية ١٥٧/٣.

لو أراد الناكل أن يعود، فيحلف بعد الامتناع

ولو أراد المدعى عليه بعد الامتناع أن يعود، فيحلف، نُظر: إن كان ذلك بعد أن حكم القاضي بأنه ناكلٌ، أو[1] قال: للمدعي: احلف، لم يكن له الحلف، وإن أقبل عليه ليحلفه، و لم يقل بعد: أحلف، فهل هو كما لو قال: أحلف؟ فيه وجهان عن القاضي الحسين، وإن لم يجر شئٌ من ذلك، فله الحلف حتى لو هرب المدعى عليه. قبل أن يحكم القاضي عليه، بأنه ناكلٌ، وقيل أن يعرض اليمين على المدعي لم يكن للمدعي أن يحلف اليمين المردودة، وكان للمدعى عليه[2] الحلف، إذا عاد.

وهكذا أطلق صاحب "التهذيب" وغيره. وقضية التسوية بين التصريح بالنكول، وبين السكوت حتى لايمتنع من العود إلى اليمين في الحالتين، إلا بعد الحكم بأنه ناكلٌ، أو بعد عرض اليمين / على المدعي، وقد يفهم قول من قال: أنه لاحاجة عند التصريح ٥٦٩/ز بالنكول إلى حكم الحاكم، امتناع العود إلى الحلف عند التصريح بالنكول، وإن لم يوجد حكمٌ، ولا عرضُ[3] يمينٍ، وحيث منعناه من العود إلى الحلف، فذلك إذا لم يرض المدعي، فإن رضي فوجهان.

أحدهما: أن حق حلفه قد بطل، فلا يؤثر فيه الرضا.

وأظهرهما: أن له العود إليه، فإن الحق لايعد وهما.

و[4] قال: في "الرقم" وإذا رضي بأن يحلف المدعي عليه[5]، والحالة هذه، ثم إنه لم يحلف، لم يكن للمدعي أن يعود إلى يمين الرد، لأنه أبطل حقه حيث رضي بيمين المدعى عليه.

وليعلم قوله في الكتاب "ولا يثبت الحق" بالحاء والألف، والميم، لما مر من مذاهبهم.

---

(١) في: أ "و".
(٢) "عليه" ليست في: ز.
(٣) في: ز "الأعراض؟
(٤) "و" ليست في: ز ، ط.
(٥) "عليه" ليست في: ز.

وقوله: "ويتم النكول" إلى آخره. في لفظه إشكالٌ فإنه جعل أحد طريقي تمام النكول حكم القاضي بالنكول، ومعلومٌ أن القاضي إنما يحكم بالنكول إذا تم النكول، فكيف يكون تمام النكول بالحكم الموقوف على تمام النكول[1]، وأراد أن حكم النكول يثبت بالتصريح بالنكول، أو بالسكوت، وحكم القاضي.

وقوله: "ففي جواز الحلف، خلافٌ" أي هل ينفذ الحكم بأنه ناكلٌ من غير علمه بحكم النكول، أو لاينفذ حتى يجوز له الحلف؟ وعبر بالخلاف عن الاحتمالين اللذين نقلناهما عن الإمام.

فرع: نقل القاضي الروياني، "في جمع الجوامع" أن قول القاضي للمدعي: أتحلف أنت؟ كقوله: له[2]: احلف حتى لايتمكن المدعى عليه من الحلف بعد ذلك. قال: وعندي فيه نظرٌ. وا لله أعلم.

(قال [الغزالي]: ثم المدعي إن نَكَلَ فنكوله كحلف المدعى عليه، وإن حلف فهو كإقرار الخصم، أو كبينة، فيه خلاف. ولاشك في أنه يستحق الحق به، وإن قال المدعي: أمهلوني أمهلناه ثلاثاً، لأنه على اختياره[3]، في تأخير الطلب.

أما المدعى عليه فلا يمهل، فإن[4] لم يرجع بعد ثلاثٍ، بطل حقه من اليمين، وكان كنكوله، وفيه وجهٌ أنه على خيرته أبداً، وكذا الكلام فيما لو أقام شاهداً، وأراد أن يحلف معه، ثم نكل، فالصحيح: أنه لايقبل منه بعد ذلك إلا ببينةٍ كاملةٍ).

[فصل: إذا ردت اليمين على المدعى]

[قال الرافعي] المدعي إذا ردت اليمين عليه، إما أن يحلف، أو يمتنع.

الحالة الأولى: أن يحلف فيستحق المدعى، ويمينه بعد نكول المدعى عليه بمنزلة بينةٍ يقيمها، أو بمنزلة إقرار المدعى عليه؟ فيه قولان:

---

(١) في: ز "بالنكول بالمحكم الموقوف على تمام النكول فكيف".
(٢) "له" ليست في: أ، ب.
(٣) في: أ "على اختيار".
(٤) في: ز "فإن".

أحدهما: أنها كالبينة، لأن الحجة، اليمين، واليمين[١] وجدت منه.

وأصحهما: وهو المنصوص في "المختصر" في باب "النكول" أنها بمثابة إقرار المدعى عليه، لأنه بنكوله توصل إلى الحق، فأشبه إقراره[٢].

وللقولين فروع كثيرة مذكورة في مواضعها.

ومنها: أن المدعى عليه لو أقام بينة على أداء المال، أو على الإبراء عنه بعدما حلف المدعي، فإن جعلنا يمينه كبينته، سُمعتْ بينتهُ المدعى عليه، وإن جعلناها كإقرار المدعى عليه، لم تسمع لكونه[٣] مكذباً للبينة بالإقرار[٤].

وحكى القاضي أبوسعد الهروي: اختلافاً، للأصحاب في: أنه يجب الحق بفراغ المدعي من اليمين المردودة، أم لابد من حكم الحاكم بالحق؟ ويمكن أن يبنى هذا على القولين، إن جعلناها كالبينة، فلابد من الحكم، وإن جعلناها كإقرار المدعى عليه، فلا حاجة إليه، على أن في الإقرار أيضاً خلافاً قد مر في "أدب القضاء".

والحالة الثانية: أن يمتنع عن الحلف، فيسأله القاضي عن سبب امتناعه، فإن لم يتعلل بشيءٍ، أو قال: لا أريد أن أحلف، فهذا نكول يسقط حقهُ عن اليمين، وليس له مطالبة الخصم، وملازمته[٥]، ثم قضية قوله في الكتاب: "أنَّ نكوله كحلفِ المدعى عليه" أن لايتمكن من استئناف الدعوى وتحليفه في مجلس آخر، كما لو حلف المدعى عليه، ولا[٦] ينفع بعد ذلك إلا البينة.

وكذلك ذكره صاحب "التهذيب" وصرح به الإمام. ووجهه[٧] بأنا لو لم نقل بهذا، لرفع خصمه كل يومٍ إلى القاضي، والخصم ناكل، وهو لايحلف اليمين المردودة،

---

(١) "اليمين" ليست في: ز.

(٢) انظر: المختصر ص ٣١٠، والروضة ٤٥/١٢، ومغني المحتاج ٤٧٨/٤.

(٣) في: أ "كنكوله".

(٤) انظر هامش ٤ العزيز ٢١١/١٣.

(٥) انظر: المصدر نفسه هامش ٣ بالعزيز ٢١٢/١٣.

(٦) في: أ، ب، ظ "فلا".

(٧) في: أ، ب، ظ "ووجه".

فيعظم الخطبُ، ولا يتفرغ القاضي من خصومته إلى شغل آخر. والـذي ذكـره العراقيـون والقاضي الروياني: أنه لو جدد[١] الدعوى في مجلس آخـر، ونكـل[٢] المدعـى عليـه ثانيـاً، ترد اليمين على المدعي. وهذا مـا أورده القـاضي أبوسـعد الهـروي، ولا شـك أن الأول: أحسن وأقوى، وإن[٣] ذكر المدعي[٤] لامتناعه سبباً، فقال: أريد أن آتي بالبينة، أو أسـأل الفقهاء، أو انظر في الحساب، تُرك، ولم يبطل حقه من اليمين، وهل يقدر لإمهالـه مـدة؟ فيه وجهان.

أظهرهما: عند الإمام وصاحب الكتاب: أنه يمهل ثلاثة أيام، ولايزاد وإلا لم يؤمن من[٥] الملاحة[٦] والمرافعة مرة بعد أخرى، وقد يتعب[٧] الخصم، والقاضي.

والثاني: أنه لاتقدير، لأن اليمين حقه، فله تأخيره إلى أن يشآء كالبينة يتمكن مـن إقامتها متى شاء[٨]، وهذا ما أورده في "التهذيب" ولمن قال: بالأول: أن يفرق بـأن البينـة قد لا تساعده[٩]، ولا تحضر، واليمين إليه.

ولم يذكر الشافعي - رضي الله عنه - فيما إذا امتنع المدعـى عليـه، عـن اليمـين، أنه يسأل عن سبب امتناعه، فعن[١٠] "ابن القاص": أن قياس مـاذكره في امتنـاع المدعـي، أن يسأل المدعى عليه عن سبب الامتناع أيضاً.

وامتنع عامة الأصحاب من هذا الإلحاق، فارقين بـأن امتنـاع المدعـى عليـه يثبـت للمدعي حق الحلف، والقضاء بيمينه، فلا يؤخر حقه بالبحث، والسؤال وامتناع المدعـى،

---

(١) في: ز "جرد".
(٢) "ونكل" ليست في: ز.
(٣) في: ظ "فإن".
(٤) "المدعي" ليست في: ز.
(٥) "من" ليست في: أ، ز.
(٦) في: ظ "الملاحاة".
(٧) في: ز "فيتعب".
(٨) في: أ، ب "شاهدوا".
(٩) في: ز "فلا يساعد".
(١٠) في: أ "وعن".

لايثبت حقاً لغيره، فلم يضر السؤال عن سبب الامتناع. فكان[1] يجوز أن يقال: إن امتناع المدعى عليه، إنما يثبت الحق للمدعي إذا امتنع بلا سبب، فأما إذا تعلل بعذرٍ، كما سنذكره على الأثر، فلا ينتقل حق اليمين من جانبه إلى جانب المدعي، وإذا لم يكن الامتناع المطلق ناقلاً للحق، لم يكن السؤال تأخيراً للحق. ولو أن المدعى عليه حين استحلف قال: امهلوني لأنظر في الحساب، أو أسأل الفقهاء، فوجهان.

أشهرهما: وهو المذكور في "الكتاب"[2]: أنه لايمهل إلا أن يرضى المدعي، لأنه مجبور محمول على الإقرار، واليمين، بخلاف المدعي، فإنه مختارٌ في طلب حقه، وفي تأخيره.

والثاني: وبه قال صاحب "الإفصاح": أنه يمهل للحاجة، ولا يزاد على ثلاثة أيام كيلا يتضرر المدعي.

واختار القاضي الروياني: وجه الإمهال وقال: فيما إذا استمهل ليسأل الفقهاء: إن قضاة بلدنا استحسنوا الإمهال يوماً، ولو استمهل المدعى عليه في ابتداء الجواب، لينظر في الحساب.

ذكر القاضي أبوسعد: أنه يمهله إلى آخر المجلس إن شاء، وإذا علل المدعي امتناعه بعذر، كما بينا، ثم عاد بعد مدة ليحلف، مُكن منه.

قال في "التهذيب": فإن لم يذكر القاضي نكول خصمه أثبته بالبينة، وكذا لو أثبت عند قاضٍ آخر، نكول خصمه، له أن يحلف، وكذا[3] لو نكل المدعى عليه في جواب وكيل المدعي، ثم حضر الموكل، له أن يحلف، ولا[4] يحتاج إلى استئناف الدعوى، ومن أقام شاهداً واحداً ليحلف معه، ثم إنه لم يحلف، فهو كما إذا ارتدت

---

(١) في: أ، ب، ظ "وكان".

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٦٦، والروضة ١٢/٤٦، ومغني المحتاج ٤/٤٧٨.

(٣) "وكذا لو نكل ... له أن يحلف" ليست في: ز.

(٤) في: أ "فلا".

اليمين إلى المدعي، فلم يحلف، فإن علل الامتناع بعذر[١]، عاد الوجهان في أنه على خيرته أبداً، أو لايزاد إمهاله على ثلاث[٢].

وإن لم يعلل بشيءٍ، أو صرح بالنكول، فعلى ما في الكتاب، و "التهذيب": يبطل حقه من الحلف، وليس له العود إليه، واستمر العراقيون على ماذكروه هناك.

قال المحاملي في "التجريد": لو امتنع عن الحلف مع شاهده، واستحلف الخصم انتقلت اليمين من جانبه إلى جانب صاحبه، فليس له أن يعود فيحلف إلا إذا عاد في مجلس آخر، واستأنف المدعي الدعوى، وأقام الشاهد، له أن يحلف معه.

فإن قلنا: بالأول. لم تنفعه إلا بينةٌ كاملة.

وأما لفظ الكتاب: فقوله: "فيكون كحلف المدعى عليه" يجوز إعلامه بالواو، لأن من قال: برد اليمين عند تجديد دعوى، ونكول، لايكون نكوله كحلف المدعى عليه.

وقوله: "وإن قال: المدعي: أمهلوني، أمهلناه، ثلاثاً" محمول على ما إذا قال: أمهلوني لأطالع الحساب، أو أراجع الفقهاء[٣]. فأما إذا اقتصر على قوله: "أمهلوني" فيشبه أن يقال: هو كما إذا لم يذكر عذراً أصلاً. وقوله: "أما المدعى عليه فلا يمهل" فعلم بالواو. وقوله "ولو[٤] لم يرجع" أي المدعي.

ولفظ: النكول في قوله: "أقام شاهداً وأراد أن يحلف معه، ثم نكل" ماينبغي أن يحمل على النكول المطلق، والامتناع، بلا عذر، بل يحمل على الاستمهال، والتمسك بعذر، فإن ذلك هو صورة الوجهين في الامتناع عن اليمين المردودة، لا مطلق الامتناع، وحينئذٍ فقوله "لاتقبل منه بعد.ذلك إلا ببينةٍ كاملة" أي[٥] إلا بعد الثلاث لينطبق[٦] الحكم على المذكور في اليمين المردودة وا لله أعلم.

---

(١) في: ز "بعذر كما بينا".

(٢) في: ز "على ثلاثة أيام".

(٣) في: أ، ب "الفقيه".

(٤) في: أ "فلو".

(٥) "أي" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: أ، ظ "لينظرون".

(قال [الغزالي]: ويتعذر رد اليمين حيث يكون المدعي السلطان، فإذا نكل رب مال الزكاة، لم يحلف الساعي، بل يقضي بالنكول على وجهٍ، ويحبس على وجهٍ، حتى يحلف أو يقر، والذمي إذا ادعى أنه أسلم قبل انقضاء السنة، ثم نكل عن اليمين، فيحبس[١] على وجهٍ، ويقضى عليه[٢] على وجهٍ، ولا يطلب منه شيء[٣] على وجهٍ، وولد المرتزقة[٤] إذا ادعى البلوغ، واتهم، ونكل لم يثبت اسمه إلى أن يعلم بلوغه، ومن مات، ولا[٥] وارث له، فادعى القاضي له ديناً على إنسانٍ، فنكل، حبس على وجه حتى يقره أويحلف، وقضي عليه بالمال على وجهٍ، ويُترك على وجهٍ، وهو أبعد هاهنا منه في الذمي).

[فصل في تعذر رد اليمين]

[قال الرافعي] ماذكرنا أنه ترد اليمين على المدعي، ولا يقضي بالنكول، هو الأصل، المقرر[٦] في المذهب، لكنه قد يتعذر رد اليمين، وحينئذٍ، فمن الأصحاب من ذهب إلى القضاء بالنكول، وبيانه بصور.

الصورة الأولى إذا طولب رب المال بالزكاة فقال: دفعت الزكاة إلى ساع آخر ونحو ذلك

منها: إذا طولب رب المال بالزكاة فقال[٧]: بادلتُ النصاب في أثناء الحول، أو دفعت الزكاة إلى ساعٍ آخر. أو غلط الخارص في الخرص[٨]، أو أصابت[٩] الثمار جائحة، واتهمه الساعي، فيحلف على مايدعيه إيجاباً، واستحباباً على اختلافٍ مذكور في الزكاة[١٠]، فإن نكل لم يطالب بشيءٍ إن قلنا: بالاستحباب، وإن قلنا بالإيجاب، فإن

---

(١) في: أ، ب "يحبس".
(٢) "عليه" ليست في: أ ، ب، ظ.
(٣) "شيء" ليست في: أ.
(٤) قال في المصباح ٢٢٥ "وارتزق القوم أخذوا أرزاقهم فهم مرتزقة".
(٥) في: أ "فلا".
(٦) في: ز "المقر".
(٧) "فقال" ليست في: أ.
(٨) في: ز "الخرج".
(٩) في: ا "أو صابت".
(١٠) انظر: الوجيز ٩٢/١، والعزيز١٣/١٥، والروضة ٢٥٢/٢.

ر الموصوفون بصفات الاستحقاق في البلد، وقلنا: بامتناع النقل، فترد اليمين عليهم، فيتعذر الرد إلى الساعي، والسلطان، وما الذي يُفعل؟ فيه ثلاثة أوجه:

أشهرها[1]: أنه تؤخذ منه الزكاة، وكيف سبيله؟

رأى ابن القاص هذا حكما بالنكول، ورواه عن ابن سريج، وسبب تجويزه دعاء ورة إليه.

وقال أكثرهم: ليس هذا حكماً بالنكول، لكن قضية ملك النصاب، ومضي ، الوجوب. فإذا لم يثبت دافع أخذنا الزكاة.

الوجه الثاني: أنه لايطالب بشئ، لأنه لم تقم عليه حجة.

والثالث: أنه يحبس حتى يُقر فتؤخذ منه الزكاة، أو يحلف، فيعرض عنه.

ومنهم من فرق بين أن يكون رب المال، على صورة المدعي، بأن يقول: أديت في أخرى أو إلى ساعٍ آخر، فتؤخذ منه الزكاة إذا لم يحلف، وبين أن يكون على صورة ى عليه[2]، بأن يقول: ماتم حولي، أو ما في يدي لفلان المكاتب، فلا يؤخذ منه شئ، وجهٌ رابع، وقد نسبه صاحب "التهذيب" في باب الزكاة. إلى ابن سريج ورجحه.

ومنها: الذمي /إذا مات في أثناء السنة يلزمه من الجزية، قسطٌ ما مضى، أو ٥٧١/ز
مه شئ؟ فيه قولان[3] مذكوران في موضعهما[4]، فإن غاب ذمي، ثم عاد، وهو م، فقال: اسلمت قبل تمام السنة، فليس عليَّ تمام الجزية، أو ليس عليَّ شئ منها. [5] عامل الجزية: بل أسلمت بعدها، وعليك تمام الجزية فيحلف الذمي[6] استحباباً وجهٍ، وإيجاباً على وجهٍ، فإن قلنا: بالإيجاب فيقضى عليه بالجزية، أو لا يطالب بشئٍ

الصورة الثانية الذمي إذا مات في أثناء السنة

انظر: الروضة ٤٨/١٢، ومغني المحتاج ٤٧٩/٤، والتلخيص ص ٦٤٦.
من "بأن يقول: أديت ... صورة المدعى عليه" ليست في: ب.
في: ز "وجهان".
انظر: الوجيز ٢٠٠/٢، والعزيز ٥٢١/١١.
في: ب "فقال".
في: ز "قبل" وهو خطأ.

أو يحبس ليقر، فتؤخذ منه الجزية، أو يحلف، فيترك؟ فيه الوجوه الثلاثة المذكورة في الصورة السابقة[١].

قال الإمام: وقيد صاحب "التلخيص" المسألة بما إذا غاب، ثم عاد، وهو مسلم، وظاهر هذا: أنه لو كان عندنا، وصادفناه مسلماً في آخر السنة[٢]، فادعى أنه أسلم قبل تمامها، وكتم إسلامه، لايقبل قوله، لأن الظاهر: أن من أسلم في دار الإسلام، لايكتم إسلامه.

الصورة الثالثة ولد المرتزقة إذا ادعى البلوغ

ومنها: ولد المرتزقة إذا ادعى البلوغ، بالاحتلام، وطلب إثبات اسمه في الديوان، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يصدق من غير يمين، لأنه، وإن كان كاذباً، فكيف يحلفه وهو صبيٌّ، وإن كان صادقاً، وجب أن يجاب.

وأظهرهما: أنه يحلف عند التهمة، فإن نكل، فلا[٣] يجاب، ولا يثبتُ اسمهُ إلى أن يظهر بلوغه، وهذا ما أورده في "الكتاب"[٤].

ويقربُ منه أن بعض من شهد الوقعة من المراهقين، إذا ادعى الاحتلام، وطلب سهم المقابلة، يعطى، إن حلف، وإن لم يحلف، فوجهان.

أحدهما: أنه يعطى، ويوجه هذا بطريقين:

أحدهما: أنه مصدق بغير يمين، لأن احتلامه إنما يعرف من جهته. فأشبه ما إذا علق العتق أو الطلاق، المشيئة، فقال: شئت، يصدق بلا يمين.

والثاني: أن شهود الوقعة، وحصول الغناء به يقتضي استحقاق السهم.

---

(١) في: "الثالثة".

(٢) في: ز "الحول".

(٣) في: أ "لا".

(٤) الوجيز ٢/٢٦٦، والروضة ١٢/٢٠٠.

وأظهرهما: أنه لايعطى إذا لم يحلف، وجعل صاحب "التلخيص"[(١)] هذا حكماً بالنكول. وقال غيره: إنما لم يعط، لأن حجته، إذا قلنا: إنه يحلف، إنما هي اليمين، فإذا لم يحلف، لم يقض له لعدم الحجة، لأنه قضي عليه بالنكول.

الصورة الرابعة إذا مات من لاوارث له فادعى القاضي دينا على إنسان وجده في تذكرة

ومنها: إذا مات من لا وارث له، فادعى القاضي، أو منصوبه ديناً له على إنسان وجده في تذكرةٍ[(٢)]، فأنكر المدعى عليه، ونكل عن اليمين، ففيه وجوهٌ.

أحدها: أنه يحبس حتى يقرأ ويحلف.

والثاني: أنه يقضى عليه بالنكول فيؤخذ منه المال، لأن ورثته المسلمون، وردَّ اليمين عليهم متعذر.

والوجه الثالث: أنه يعرض عنه، ولا يتعرض له. نعم لو كان معانداً، فهو عاصٍ آثم. وقوله في الكتاب "وهو أبعد هاهنا منه في الذمي" إنما ذكر ذلك، لأن هذا الوجه مشهور في مسألتي الزكاة، وإسلام الذمي، وهو غريب هاهنا.

لم يحكَ إلا عن الشيخ أبي محمد، وسبب الفرق: أنه مبني[(٣)] هناك على استحباب اليمين، واليمين هاهنا مستحقة على المدعى عليه، فالإعراض عنه بنكوله إسقاط لليمين، وإبطالٌ لفائدته. ويجري الخلاف المذكور فيما إذا ادعى وصيٌّ ميتٍ على وارثه: أنه أوصى بثلثه للفقراء[(٤)]، وأنكر الوارث، ونكل[(٥)].

ولو ادعى وليُّ الصبي والمجنون ديناً له على إنسانٍ، فأنكر، ونكل ففي الردِّ على الولي وجوهٌ.

أحدها: أن اليمين ترد عليه، لأنه المستوفي، والصبي والمجنون، ليس لهما أهلية اليمين.

---

(١) انظر: التلخيص ص ٦٤٦.
(٢) في: أ، ب، ظ "تذكرته".
(٣) في: ظ "مسير".
(٤) في: ز "على الفقراء".
(٥) في: ز "فنكل".

والثاني: المنع، لأن إثبات الحق للإنسان[١] بيمين غيره مستبعدٌ.

والثالث: أنه إن ادعى ثبوته بسبب باشره بنفسه، رد عليه، وإلا فلا، وأجري هذا الخلاف، فيما إذا أقام شاهداً واحداً، هل يحلف معه؟

وفيما إذا ادعى على الولي ديناً[٢] في ذمة الصبي، هل يحلف إذا أنكر؟

والوصي والقيم في ذلك كالولي، ويجري في قيم المسجد، ومتولي الوقف إذا ادعى للمسجد، أو للوقف، وأنكر المدعى عليه، ونكل، وتحليف الولي، والوصي له ذكر في الكتاب في "الباب الأخير من الصداق"[٣] فليتذكر.

ثم المذهبيون إلى ترجيح المنع من الوجوه الثلاثة أميل[٤]، ولا بأس بوجه التفصيل[٥]، ولقد رجحه أبوالحسن العبادي، وبه أجاب السرخسي في "الأمالي" وإن منعنا رد اليمين إلى الولي، والوصي، فينتظر بلوغ الصبي، وإقامة المجنون، ويكتب القاضي المحضر بنكول المدعى عليه، وصيرورة[٦] اليمين موقوفة على البلوغ، والإفاقة، ويعود في المدعي للمسجد، والوقف الوجهان في : أنه يقضى عليه بالنكول، أو يحبس ليحلف، أو يقر.

والأصح: من هذا الخلاف في مسألة من لا وارث له: أنه لا يقضى بالنكول، ولكن يحبس ليحلف، أو يقر، وإنما حكمنا فيما قبل ذلك من الصور بالمال، لأنه قد سبق أصلٌ يقتضي الوجوب، ولم يظهر دافعٌ، فأخذنا بذلك الأصل[٧]، وهاهنا لا مستند إلا النكول، والنكول المحض لا اعتماد عليه على أصلنا. وقيم المحجور عليه: إذا ادعى له، ونكل المدعى عليه، يحلف المحجور، أنه يلزمه تسليم هذا المال، ولكن لايقول: إليَّ. وقيمُهُ يقول في الدعوى: يلزمك تسليمه إليَّ.

---

(١) في: أ "لإنسان".

(٢) في: ز "دين".

(٣) انظر: الوجيز ٣٥/٢.

(٤) "أميل" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: ب "الفصل".

(٦) في: أ، ب "وصيرورته".

(٧) في: ز "والأصل".

الصورة الخامسة للقاذف أن يحلف المقذوف على أنه لم يزن

ومنها: للقاذف[1] أن يحلف المقذوف على أنه لم يزنِ، كما مر، فإن نكل .

حكى القاضي أبوسعد وجهاً: أنه يسقط بنكوله حد القذف عن القاذف، ولا ترد[2] اليمين عليه، لأن قضية يمينه إثبات حد الزنا على المقذوف، ولا يمكن إثبات الحد عليه باليمن.

والمشهور ماتقدم: أنه ترد اليمين على القاذف وأثر يمينه اندفاع حد القذف عنه، لا إثبات حد الزنا على المقذوف، كما أن اليمين ترد على مدي السرقة، وتؤثر يمينه في إثبات المال دون القطع. وا لله أعلم.

---

(١) في: أ، ظ "القاذف".

(٢) في: ز "ولا".

[الركن الخامس البينة]

(قال [الغزالي]: الركن الخامس: البينة. وقد ذكرنا شروطها، فإن تعارضتا، ولا ترجيح، فلا يخلو/: إما أن يكون المدعى في أيديهما، أو في يد ثالث، فالبينتان تتساقطان على قول، وتوجب[1] القسمة بينهما على قول، ويقرع بينهما على قول، فيسلم لمن خرجت قرعته، ويتوقف[2] إلى الصلح على قول، ولا يجري[3] قول القسمة، والصلح في الزوجة المتنازعة بين رجلين، وفي جريان قول القرعة خلاف. وإذا[4] تكاذبت البينتان صريحاً[5]، لم يتجه إلا التهاتر، كما لو شهد أحدهما على القتل في وقت، وشهد الآخر على الحياة في ذلك الوقت بعينه. وقيل: بطرد بقية[6] الأقوال أيضاً. ٥٧٢/ز

ولو أقر الثالث: لأحدهما، فهل ينزل إقراره منزلة اليد حتى ترجح البينة؟ فيه وجهان).

[الفصل الأول: بيان الحكم عند تعارض البينين]

[قال الرافعي]: أحد الأركان في الخصومات الشرعية البينة، فبها يظهر الحق، وينفصل الأمر، فالقول في شرط الشهود مفروغٌ عنه في الشهادات[7]، والمقصود[8] هاهنا بيان الحكم عند تعارض البيتين، فإذا تعارضتا، فإما أن تفقد أسباب الرجحان، أو يوجد مرجح.

---

(١) في: أ "فتوجب".
(٢) في: أ "توقف".
(٣) في: أ "لا تجري القسمة".
(٤) في: ب "فإذا".
(٥) "صريحاً" ليست في: أ.
(٦) في أب "تطرد فيه" وفي ط دد "بطرد ثلاثة أقوال"
(٧) انظر ص ٥٠٥ وما بعدها.
(٨) في: أ "والمقصد".

القسم الأول: إذا لم يوجد مرجح، فإما أن يكون المدعى في يد ثالث، أو في أيديهما جميعاً. ولا يدخل في هذا القسم ما إذا كان في يد أحدهما، لأن ذلك من أسباب الرجحان على ما سيأتي. وهذا القسم مقصود فيما إذا فقدت الأسباب.

الحالة الأولى إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالث

الحالة الأولى: فيما[1] إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالث، فلا يخفى أنه يحلف المدعى عليه يميناً لكل واحدٍ منهما، إن ادعاها لنفسه، ولا بينة لواحدٍ منهما، وأنه إن اختص أحدهما بإقامة البينة على مايدعيه، يقضى له، وإن أقام كل واحد بينة فقولان:

أصحهما: وينسب إلى القديم، وبه قال: أحمد[2]، وكذلك: مالك[3] في إحدى الروايتين: أنهما يتساقطان، لأنهما متناقضتا الموجب، ولا ترجيح، فأشبه الدليلين إذا تعارضا، ولا ترجيح، فعلى هذا كأنه لا بينة، ويصار إلى التحليف.

والثاني: أنهما يستعملان، صيانةً لهما عن الإسقاط، والإبطال بقدر الإمكان، وتنتزع[4] العين من صاحب اليد، لأنه[5] قضيةٌ كل واحدةٍ[6] من البينتين، ثم فيما يفعل[7] ثلاثة أقوال:

أحدها: أن العين المدعاة تقسم بينهما، وبه قال: أبوحنيفة[8]، وكذلك مالك[9] في إحدى الروايتين[10]، لما روي عن أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - "أن

---

(١) "فيما" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) انظر: المقنع ص ٣٤١، وشرح منتهى الإرادات ٣/٥٢٧.

(٣) انظر: المدونة الكبرى ٤/٤٥. وانظر: الحاوي ٢١/٣٤٥، والروضة ١٢/٥١، ومغني المحتاج ٤/٤٧٩.

(٤) في: أ "وتنزع".

(٥) في: أ "لأن".

(٦) في: أ "واحد".

(٧) أي كيفية الاستعمال.

(٨) انظر: الهداية ٣/١٦٨.

(٩) انظر: المدونة الكبرى ٤/٤٥.

(١٠) "في إحدى الروايتين" ليست في: أ، ب، ظ.

رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بعير، فأقام كل واحدٍ منهما البينة أنه له، فجعله النبي ﷺ بينهما نصفين"(١).

وأيضا فالبينة حجة كاليد.

ولو تداعيا، والشيء في أيديهما، يجعل بينهما نصفين، فكذلك هاهنا.

وأيضاً: فلو أن رجلين أقام كل واحد منهما بينةً على أنه أوصى له بهذه الدار، تجعل بينهما فكذلك هاهنا.

والثاني: أنه يقرع بينهما، ويرجح جانب من خرجت قرعته(٢)، لما روي أن خصمين أتيا النبي ﷺ، وأتى كل واحدٍ منهما بشهود، فأسهم بينهما، وقضى لمن خرج السهم له"(٣).

---

(١) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٩/٤ " ... أحمد ٤٠٢/٤، وأبوداود ٣١٠/٣ حديث ٣٦١٣-٣٦١٥ والنسائي ٢٤٨/٨، والحاكم ١٠٦/٤، والبيهقي ٤٣١/١٠، وذكر الاختلاف فيه على قتادة، وقال: هو معلول، فقد رواه حماد بن سلمة عن قتادة عن النضر ابن أنس عن بشر بن نهيك، عن أبي هريرة، ومن هذا الوجه أخرجه ابن حبان في صحيحه، واختلف فيه على سعيد بن أبي عروبة، فقيل: عنه عن قتادة عن سعيد بن أبي بردة عن أبيه عن أبي موسى، وقيل: عنه عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفة، قال: أنبت أن رجلاً، قال البخاي قال سماك بن حرب: أنا حدثت أبا بردة بهذا الحديث، فعلى هذا لم يسمع أبوبردة هذا الحديث من أبيه، ورواه أبو كامل مظفر بن مدرك عن حماد عن قتادة عن النضر بن أنس عن أبي بردة مرسلاً، قال حماد: فحدثت به سماك بن حرب فقال: أنا حدثت به أبا بردة، وقال الدارقطني والبيهقي والخطيب: الصحيح أنه عن سماك مرسلاً، ورواه ابن أبي شيبة عن أبي الأحوص عن سماك بن تميم بن طرفة: أن رجلين ادعيا بعيراً، فأقام كل واحد منهما البينة أنه له، فقضى النبي ﷺ به بينهما، ووصله الطبراني بذكر جابر بن سمرة فيه بإسنادين، أحدهما حجاج بن أرطأة والراوي عنه سويد بن عبد العزيز، وفي الآخر ياسين الزيات، والثلاثة ضعفاء".

(٢) ورد بهامش ابا العزيز ٢٢٠/١٣ "سكت المصنف عن الترجيح من الأقوال الثلاثة المفرعة على الاستعمال.
قال في الخادم: كأنهم هونوا أمرها لما كانت مفرعة على الضعيف، وجزم في باب التحالف في البيع بالوقف ... الخ.

(٣) الحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٩/٤"أبوداود في المراسيل عن سعيد بن المسيب ونحوه ووصله الطبراني في الأوسط بذكر أبي هريرة فيه، وفيه شيخه على ابن سعيد الرازي، وهو من أوهامه، ورواه البيهقي مرسلاً، وقال: اعتقد هذا المرسل بطريق أخرى، ثم ساقه من =

وأيضاً فالقرعة المفزع[١] عند استواء الجانبين، كما في العتق، والقسمة والمسافرة بإحدى النساء، وما أشبهها، وهل يحتاج على هذا من خرجت قرعته إلى اليمين؟ فيه قولان، في رواية أكثرهم، ووجهان[٢] عن رواية القفال: أوفقهما لظاهر لفظ الكتاب: أنه لاحاجة إلى اليمين، والقرعة ترجح بينته. والثاني: أنه[٣] لابد من اليمين، والقرعة تجعل أحدهما أحق باليمين. وعلى هذا حكى القاضي الروياني: أنه يحلف من خرجت قرعته، أن شهوده شهدوا بالحق، ثم يقضى له.

والقول الثالث: أنه يوقف إلى أن يتبين الأمر، أو يصطلحا[٤]، لأنه أشكل الحال فيما يرجى انكشافه، فيوقف، كما لو زوجها[٥] وليان، ونسيا السابق من العقدين.

وأيضاً فإن أحدهما مستحق والآخر غير مستحق[٦]، وإلا فالبينتان كاذبتان والمستحق منهما غير متعين، فيوقف، كما لو طلق إحدى امرأتيه، ومات قبل البيان، يوقف الميراث إلى الاصطلاح.

واعتذر الناصرون[٧] للتساقط عن حديث أبي موسى - رضي الله عنه - بأنه[٨] يحتمل أن المدعى كان في أيديهما[٩]، فأبطل البينتين، وقسمه بينهما.

وعن الحديث الآخر: بأنه[١٠] كان التنازع في قسمةٍ، أو عتق.

= طريق ابن لهيعة عن أبي الأسود عن عروة وسليمان بن يسار نحوه، وأخرج أيضاً من جهة أبان عن قتادة، عن خلاس عن أبي رافع عن أبي هريرة نحوه موقوفاً".

(١) في: ز "للمفزع" وليست في: ظ.

(٢) في: أ "وجهان".

(٣) "أنه" ليست في: ز ، ظ.

(٤) في: أ "ويصطلحا".

(٥) في: أ "وزوجها".

(٦) "والآخر غير مستحق" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) في: ظ "النافون".

(٨) في: أ "أنه".

(٩) في: ظ "يدهما".

(١٠) في: أ "أنه".

وعما احتج به للتوقف، بأن كونها زوجة لأحدهما، وكـون الميراث، لأحدهمـا معلومٌ، واستحقاق إحداهما هاهنا غـير[١] معلـوم، فـلا يـلزم مـن التوقـف هنـاك التوقـف هاهنا.

واعرف بعد هذا: أنه قـد ضـم أقـوال الاستعمال إلى قـول التساقط، ويقـال: في المسألة: أربعة أقوال، كمـا نسـقها "في الكتـاب"[٢]، وأنـه إذا كـان التسـاقط منسـوباً إلى القديم، وكان هو الأظهر عند الأصحاب، كانت المسـألة مـن المسـائل الـتي يرجـح فيهـا القديم، وإن الإمام وصاحب الكتاب حكيا في محل القولـين في[٣] التسـاقط، والاسـتعمال طريقين:

أحدهما: أن القولين فيما إذا لم تتكاذب البينتان صريحـاً، وإن تكاذبتـا صريحـاً[٤]، تساقطتا لا محالة.

والثـاني: طـرد القولـين في الحـالتين. وهـذا أشـهر، والأول أرجـح عنـد صـاحب الكتاب، والمراد من صريح التكاذب، أن لا يتأتى الجمع، ولا ينقدح فيه تـأويل، كمـا إذا شهدت بينته على القتل في وقت معين، والأخرى على الحياة في ذلك الوقت، فـإن توهـم الجمع بضربٍ من التأويل، فليس ذلك بصريح التكـاذب، وذلـك كمـا إذا شـهدت هـذه على ملك زيد، وهذه على ملك عمرو، فإنه يجوز أن يقال: عرفت كـل واحـدة[٥] سبباً كشراء أو وصية، واستصحبت حكم العقد الذي عرفته، وكما إذا شهدت هذه على أنـه أوصى بهذه العين لزيدٍ، وهذه على أنه أوصى بها لعمرو، فإنه ربما أوصى بها مرتين.

وإن القاضي الروياني نقل في "جمع الجوامع" طريقين من وجه آخر:

أحدهما: أن القولين فيما إذا لم يمكن الجمع، فإن أمكن[٦]، قسم بينهما لا محالة.

---

(١) في: ب "غير معلوم هاهنا".
(٢) في: أ، ب "واعترف".
(٣) "في" ليست في: أ.
(٤) "صريحاً" ليست في: أ.
(٥) في: ظ "واحد".
(٦) "فإن أمكن قسم بينهما ... إذا لم يمكن" ليست في: ز.

والثاني: طرد القولين في الحالتين، فتحصل من النقلين ثلاثة وطرق القطع بالتساقط إذا لم يمكن[١] الجمع. والقطع بالاستعمال إذا أمكن[٢] طرد القولين في الحالتين.

وأن إيراد أبي الحسن[٣] العبادي ينساق إلى طريقة أخرى تنفي الخلاف، وتقطع بالتساقط عند استيقان المكذب في إحداهما، وبالاستعمال عند إمكان صدقهما كما في الوصية.

وإن أبا الفياض حكى أن من الأصحاب من لم يثبت قول التوقف[٤] أصلا[٥].

وأن القاضي ابن كج روى عن أبي حامد القاضي: أن الأقوال الثلاثة لا تجتمع[٦] بل موضع قول القسمة، ما إذا أمكن الجمع، وموضع قول القرعة ما إذا لم يمكن.

وأعلم من لفظ الكتاب ما سوى قول التساقط، بالزاي[٧]، لأن اختيار المزني: هو التساقط. وليعلم بالألف أيضاً لما بيناه، وما سوى قول القسمة بالحاء.

الصورة الأولى إذا كان التنازع في زوجية امرأة وأقام كل واحد منهما بينة، وتعارضتا

ثم في الفصل صورتان: إحداهما: إذا كان التنازع في زوجية[٨] امرأة، وأقام كل واحدٍ بينة، وتعارضتا، فقول التساقط بحاله، ولا مجال للقسمة، وذكر صاحب الكتاب في "الوسيط"[٩] أن قول الوقف لايجري أيضاً، تعليلاً بأن الصلح غير ممكنٍ، وهذا ما أراد هاهنا بقوله: "ولا يجري قول القسمة والصلح، فعبر عن الوقف بالصلح[١٠].

---

(١) في: أ "يكن".
(٢) في: ز "إذا لم يمكن".
(٣) في: أ "الحسين".
(٤) في: ظ "الوقف".
(٥) "أصلاً" ليست في: أ، ب، ظ.
(٦) في: أ ، ب، ظ "تجمع".
(٧) في: أ، ظ "بالزاء".
(٨) في: أ "زوجته".
(٩) انظر: ٧/٤٣١.
(١٠) في: أ "الصلح".

والذي رواه صاحب "التهذيب" وغيره جريان قول الوقف، وهو الوجه كما يتوقف في التي أنكحها ولياها[١]، وليس الصلح مقصوراً على أن يأخذ هذا شيئاً من المدعى، وهذا شيئاً آخر منه، بل من الصلح أن يتوب الكاذب، ويصدق الصادق.

وأما قول القرعة، ففي جريانه وجهان، منقولان في الكتاب،وغيره[٢].

أحدهما: يجري كما في بينتي المال. وأصحهما: وهو الجواب في "التهذيب" المنع، كما لاتجري القرعة في التي أنكحها، ولياها، وفيما إذا طلق إحدى زوجتيه،ومات قبل البيان[٣].

الصورة الثانية إذا أقر صاحب اليد لأحدها بعدما أقاما البينتين

الثانية: أقر صاحب اليد لأحدهما بعدما أقاما البينتين، إن قلنا: بالتساقط قبل إقراره، وحكم به، وإن قلنا: بالاستعمال، فوجهان:

أحدهما: أن المقر له يصير كصاحب اليد حتى تُرجح بينته.

والثاني: لا ، لأن يده بعد البينة مستحقة الإزالة، فلا تأثير لها[٤]، ولا اعتبار باقرار صاحبها، وإن أقر قبل تمام البينتين قبل إقراره، وصار المقر له صاحب اليد، والوجهان في الكتاب، وإن كانا مطلقين، لكن قوله، "فهل ينزل إقراره منزلة اليد، حتى تترجح البينة"؟ يفهم أنهما مفرعان على قول الاستعمال.

وأما[٥] على قول التساقط، فلا تقول: الإقرار يرجح البينة بحال، ولكن كأنهما لم يقيما بينة فيقضى بموجب الإقرار[٦]. وا لله أعلم.

(قال [الغزالي]: الحالة الثانية: أن يكون في يدهما، ولا يخفى إن كان لكل واحد بينة، أنه تجري الأقوال، ولكن إذا قلنا: بالتهاتر، فهاهنا تبقى الدار في

---

(١) في: ز "وليات".

(٢) "وغيره" ليست في: ز.

(٣) "قبل البيان" ليست في، أ، ب، ظ.

(٤) "فلا تأثير لها" ليست في: ز.

(٥) في: أ "فأما".

(٦) في: أ "إقراره".

أيديهما[١]، وإن لم تكن بينة فكل واحدٍ مدعٍ في النصف ومدعى عليه في النصف فيحلف كل واحد على نفي مايدعيه صاحبه، ولايلزمه التعرض للإثبات بخلاف التحالف في البيع إذ النصف هاهنا يتميز عن النصف، وثم لايتميز المدعي عن المدعى عليه. وقيل: في وجوب الجمع بين النفي والإثبات في المسألتين قولان: بالنقل والتخريج، ثم إن حلف الأول على النفي ونكل[٢] الثاني ترد[٣] عليه اليمين، فيحلف على الإثبات. وإن نكل الأول الذي بدأ به القاضي تحكيماً أو بالقرعة، اجتمع على الثاني يمين النفي للنصف الذي في يده ويمين الإثبات للنصف الذي في يد شريكه، فيكفيه يمين واحدة تجمع بين النفي والإثبات، وقيل: لابد من يمينين).

[فصل: فيما إذا ادعى اثنان عيناً وهي في يدهما]

[قال الرافعي]: تكلمنا فيما إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالث، فأما إذا كانت في يدهما، وادعاها كل واحدٍ منهما، فإن أقام كل واحدٍ منهما بينةً، قالت طائفة من الأصحاب منهم[٤] الفوراني، وصاحب الكتاب: يجري فيه قول التساقط، والاستعمال.

إن قلنا: بالتساقط، والتهاتر فيبقى المال في أيديهما، كما كان.

وإن قلنا: بالاستعمال، فعلى قول القسمة يجعل بينهما ملكاً.

قال الفوراني: ولا يجيء قول الوقف[٥] إذ لامعنى للتوقف مع ثبوت اليد، وحكى وجهين في مجيء[٦] قول القرعة.

وقال آخرون: منهم[٧] ابن الصباغ، وصاحب "التهذيب" إذا أقام البينة، يجعل المال بينهما، لأن بينة كل واحد منهما ترجحت في النصف الذي هو صاحب يد فيها[٨]،

---

(١) في: ظ "واحد منه بينة".

(٢) في: أ، ب "فنكل"

(٣) في: أ، ب "رد".

(٤) في: ظ "فيهم"

(٥) في: ظ "التوقف إذ لامعنى للوقف".

(٦) في: ظ "محل".

(٧) في: ز "فيهم".

(٨) في: ب "باليد فيه".

كأن هؤلاء امتنعوا من إجراء الأقوال، وقالوا: موضع الأقوال ما إذا خلت البينتان على الترجيح، واليد من أسباب الترجيح.

والحاصل[١]: للفتوى على الطريقين معاً إبقاء المال في أيديهما، كما كان، وليكن[٢] الطريقان معاً: فيما إذا شهد شهود كل واحد منهما، بأن جميع المال له، فأما إذا شهد شهود كل واحدٍ[٣] منهما بالنصف الذي في يد صاحبه فالبينتان لم تتواردا على شئ واحدٍ حتى تجيء أقوال التعارض، ولايد للمدعي في المشهود به، حتى يرجح جانبه. ولكن يحكم القاضي لزيد بما كان في يد عمرو، ولعمرو بما كان في يد زيد، ويكون المال[٤] في يدهما أيضاً، كما كان، ولكن لا بجهة التساقط، ولا بجهة الترجيح باليد.

٥٧٤/ز ثم قال الأئمة: من أقام البينة أولاً، وتعرض شهوده للكل، /، لم تضر، وإن كان صاحب يد في النصف، وقلنا: إن بينة صاحب اليد لاتسمع ابتداء على ما سيأتي الخلاف فيه، لأنه مستغنى هناك عن البينة، وهاهنا لايستغنى عن البينة للنصف الذي يدعيه، ثم إذا أقام الثاني البينة على الكل سمعت، وترجحت بينته في النصف الذي هو في يده فيحتاج الأول إلى إعادة البينة للنصف الذي هو في يده. وقال في "الوسيط"[٥] لايبعد أن يتساهل في الإعادة، وإن كان لأحد المدعيين بينة دون الآخر فيقضى له بالكل وشهوده قد يشهدون بالنصف الذي في يد صاحبه، وقد يشهدون بالكل، ولا يضر[٦] كونه صاحب يد في النصف على ماتبين، وإن لم يكن لواحد منهما بينة، فكل واحد مدعٍ في النصف، مدعى عليه في النصف فيحلف كل واحد منهما على نفي مايدعيه الآخر، و لم يتعرض واحد منهما في يمينه لإثبات ما في يده، بل يقتصر على أنه لا حق لصاحبه فيما في يده

---

(١) في: أ "فالحاصل".
(٢) في: أ، ب "ولكن الطريقتان".
(٣) من "منهما بأن جميع ... كل واحدٍ" ليست في: ظ.
(٤) "المال" ليست في: أ.
(٥) انظر: ٤٣٦/٧.
(٦) في: أ "ولا يصير".

نص عليه، وذكرنا في باب "التحالف في البيع"[١] أن ظاهر النص: أن كل واحد منهما في التحالف يجمع بين النفي والإثبات، وبينا أن للأصحاب فيهما طريقين:

أصحهما: تقرير النصفين، لأن النصف الذي ينفيه كل واحد منهما يتميز عن النصف الذي يثبتينه، وهناك، العقد واحد، والنزاع في صفته، فكانت[٢] الدعوى واحدة، ولا يتميز المدعي عن المدعى عليه.

والثاني: أنهما غير مقرين[٣] بحالتهما، ولكن يخرج من نصه في هذه المسألة قول في التحالف، وفي التخريج من التحالف اختلاف لأصحاب الطريقة الثانية، فإن قلنا يخرج حصل فيهما قولان، بالنقل والتخريج على ماذكره[٤] في الكتاب، وكل ذلك قد أوضحناه في باب التحالف.

وإذا قلنا بالأصح، فإن حلفا، أو نكلا ترك المدعى في يديهما كما كان.

وإن حلف أحدهما دون الآخر قضى للحالف بالكل، ثم إن حلف الذي بدأ القاضي بتحليفه، ونكل الآخر بعده فيحلف الأول اليمين، المردودة، وإن نكل الأول ورغب الثاني في اليمين فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي ادعاه صاحبه، ويمين الإثبات للنصف الذي ادعاه هو فيكفيه الآن يمين واحدة تجمع فيها بين النفي والإثبات لأن كلاً منهما قد دخل وقته[٥] أم لابد من يمين للنفي، وأخرى للإثبات؟ فيه وجهان:

لفظ الكتاب[٦] يشعر بترجيح أولهما، وهو الذي أورده أبوالفرج الزاز، وحينئذ فيحلف أن الجميع له لا حق لصاحبه فيه، أو يقول لا حق له في النصف الذي يدعيه، والنصف الآخر لي.

---

(١) انظر: الوجيز ١/١٥٣، والعزيز ٤/٣٨١ وما بعدها.

(٢) في: ب "وكان". وفي: أ، ج "فكان".

(٣) في: ج "مقررين".

(٤) في: ظ "ماذكر"

(٥) من قوله "واحد منهما ... قد دخل وقته" في: أ غير واضح.

(٦) انظر: الوجيز ٢/٢٦٧.

وقوله في الكتاب في خلال الكلام الذي بدأ به القاضي "تحكيما أو بالقرعة" المراد بالتحكيم، رأى القاضي، واجتهاده.

وظاهر اللفظ تخيير القاضي بين أن يقرع، وبين أن يعمل بما يعن له، ولا يقرع، وبه يشعر لفظه في "الوسيط" فإنه قال يبدأ القاضي بمن بدأه أو بالقرعة ويمكن أن يحمل ذلك على وجهين ذكرناهما في باب التحالف تفريعاً على أنه لايبدأ بالبائع، ولا بالمشتري بل يتساويان، أحدهما: أن القاضي يتخير فيقدم من يراه، والثاني المعتبر القرعة ويجوز أن يقال كل واحد منهما مدع ومدعى عليه هاهنا فينبغي أن ينظر إلى السبق فمن سبق "بدعواه"[١] بدأ بتحليف صاحبه.

فروع: الأول: ادعى رجل نصف دار، والآخر كلها، وأقام كل واحد[٢] منهما بينته، والدار في يد الثالث، فالبينتان متعارضتان في النصف، فإن قلنا: بالتهاتر، فهما ساقطتان في النصف الذي فيه التعارض، وأما النصف الآخر، فعن ابن سريج، وأبي إسحاق، وغيرهما: أنه على قولي[٣] تبعيض الشهادة، فإن لم نبعضها بطلت في ذلك النصف أيضاً، وصار كما لو لم[٤] يكن لواحد منهما بينة، وإن بعضناها سلم النصف لمدعي الكل.

وامتنع الشيخ أبوحامد من تخريجه على ذلك الخلاف، وقال: موضع الخلاف ما إذا كان الرد في البعض لتهمة من عداوة وغيرها فأما إذا كان الرد في البعض، بسبب التعارض، فما ينبغي أن يتأثر به الثاني.

ألا ترى أنا إذا قلنا: بالقسمة عند التعارض، ترد كل بينةٍ في بعض ماشهدت به، ولا يخرج الثاني على ذلك الخلاف، وهذا أصح عند الشيخ أبي علي.

وإن قلنا: بالاستعمال فيسلم النصف لمدعى الكل، ويقسم النصف الآخر إن قلنا: بالقسمة، فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباعها.

---

(١) في: ب "دعواه".

(٢) من قوله: وقته أم لابد .... وأقام كل واحد" في: أ غير واضح.

(٣) في: أ، ب، ظ "على قولين في".

(٤) "لم" ليست في: ز.

وإن قلنا: بالقرعة، فيقرع للنصف. وإن قلنا: بالوقف، فيوقف، ولو أنهما تداعيا كذلك، والدار في يدهما، فالقول قول مدعي النصف في النصف الذي في يده، فإن أقام مدعي الكل بينة قضي له بالكل، وإن أقام كل واحد بينة على مايدعيه بقيت الدار في يدهما كما كانت.

وليكن[١] التصوير فيما إذا أقام مدعي الكل أولاً، لأن الآخر لايدعي إلا النصف وهو صاحب يد فيه، وسيأتي أن صاحب اليد لايحتاج إلى البينة في الابتداء على اختلاف فيه.

فإذا أقامها أقام مدعي النصف بينته، فترجح باليد، ولا يضرُّ تعرض شهود مدعي الكل للكل، وإن كان مستغنياً عن البينة في النصف الذي في يده لما تقدم.

ولو اقتصروا على أن[٢] النصف الذي في يد صاحبه له حصل الغرض أيضاً.

ولو ادعى أحدُ المدعيين الثلث، والآخر الكل، فإن كانت الدار في يد ثالث، فعلى قول التهاتر، يتساقطان في الثلث، وهل تبطل بينة الكل في الثلثين؟ فيه ماسبق من التخريج على الخلاف في تبعيض الشهادة.

وإن استعملناه، فعلى قول القسمة، يحصل لمدعي الكل خمسة أسداسها.

ولا يخفى القولان الآخران.

وإن كانت الدار في يدهما، وأقام كل واحد بينة فتترجح[٣] بينة مدعي[٤] الثلث في الثلث، ويكون الباقي لمدعي الكل. وا لله أعلم.

الثاني: دار في يد إنسان، ادعى زيد نصفها، فصدقه، وعمرو نصفها، فكذبه صاحب اليد، وزيد معاً، ولم يدعه[٥] واحد منهما لنفسه، فالنصف الذي يدعيه المكذب،

---

(١) في: أ، ب، ظ "لكن".
(٢) "أن" ليست في: أ.
(٣) "فتترجح بينة" ليست في: أ، ب، ظ.
(٤) في: ب "لمدعي".
(٥) في: أ "يدعيه".

يسلم إليه، أو يوقف في يد صاحب اليد، أو ينتزعه القاضي ويحفظه إلى ظهور مالكه؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الفوراني[١].

الثالث: ادعى واحد داراً، وآخر ثلثيها، وثالث، نصفها، ورابع ثلثها، والدار في يد خامس، وأقام كل واحد من الأربعة بينة، فلا تعارض في الثلث الذي يختص. مدعي الكل بدعواه، وفي الباقي يقع التعارض، وفي السدس الزائد على النصف، تتعارض بينة مدعي الكل، ومدعي الثلثين، وفي السدس الزائد على الثلث[٢] تتعارض[٣] بينتهما وبينة مدعي النصف، وفي الثلث الباقي تتعارض بينات الأربعة. فإن قلنا بالتهاتر سقطت[٤] البينات في الثلثين، وفي الثلث يعود الكلام في تبعيض الشهادة، والظاهر: أنه يسلم لمدعي الكل.

فإن قلنا: بالاستعمال، فإن قسمنا فالسدس الزائد على النصف لمدعي الكل، ومدعي الثلثين بالسوية، والسدس الزائد على الثلث لهما. ولمدعي النصف أثلاثاً، والثلث الباقي للأربعة أرباعاً، فتجعل الدار ستة وثلاثين سهما، لحاجتنا إلى عدد ينقسم سدسه على اثنين وعلى ثلاثة، فتضرب اثنين في ستة، ثم في ثلاثة، لمدعي الكل ثلثها اثنا عشر، ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة، وثلث السدس الزائد على الثلث اثنان، وربع الثلث الباقي، وهو ثلاثة، فالمبلغ عشرون. وهي خمسة أتساع الدار، ولمدعي الثلثين ثلاثة أسهم من السدس الزائد على النصف، وسهمان من السدس الزائد على الثلث، وثلاثة من الثلث الباقي، فالمبلغ (ثمانية، وهي تُسْعَا الدار، ولمدعي النصف سهمان من السدس الزائد على الثلث، وثلاثة من الثلث الباقي، فالمبلغ[٥] خمسة، وهي تسعٌ، وربعُ تسعٍ، ولمدعي الثلث ثلاثة من الثلث الباقي لاغير.

---

(١) قال النووي في الروضة ٥٥/١٢ "أقواها الثالث" والله أعلم. وانظر هامش ٨ العزيز ٢٢٧/١٣.

(٢) في: ز "الثلاث".

(٣) "تتعارض" ليست في: ظ.

(٤) في: أ "سقط".

(٥) من قوله "ثمانية، وهي ... فالمبلغ " ليست في: ب.ظ

وإن قلنا: بالقرعة، فيقرع ثلاث مرات، مرةً في السدس الزائد على النصف بين مدعي الكل، ومدعي الثلثين وأخرى في السدس الزائد على الثلث بينهما، وبين مدعي النصف، وأخرى في الثلث بين الأربعة.

وإن قلنا: بالوقف توقفنا، وإن كانت الدار في يد المتداعيين الأربعة، وأقام كل واحدٍ بينة، جعلت الدار أرباعاً، لأن بينة كل واحدٍ ترجح في الربع الذي في يده باليد.

وإن لم تكن بينة، فالقول قول كل واحدٍ منهم في الربع الذي في يده، فإذا حلفوا كانت بينهم أرباعاً أيضاً.

الرابع: دار في يد ثلاثة، ادعى أحدهم نصفها، والثاني ثلثها، والثالث سدسها ولا بينة، تجعل بينهم أثلاثاً. نص عليه في "المختصر"[(١)]. واعترض عليه بأن مدعي السدس، لايدعي إلا السدس، فكيف يجعل له الثلث؟ وأجاب الأصحاب بأن صورة مسألة النص ما إذا كان يدعي كل واحدٍ منهم استحقاق اليد في جميعها، إلا أن يكون[(٢)] الأول يقول: النصف ملكي، والنصف الآخر لفلان الغائب وهو في يدي عارية، أو وديعة. والآخران يقولان نحو ذلك، فكل واحدٍ منهم يجعل صاحب يدٍ[(٣)] في الثلث، وتبقى الدار في أيديهم، كما كانت، ثم يجعل بعض الثلث الذي هو في يد مدعي السدس لذلك الغائب بحكم الإقرار.

فأما إذا اقتصر كل واحد منهما على أن لي منها كذا[(٤)]، فلا يجعل لمدعي السدس إلا السدس، ولا يتحقق بينهم، والحالة هذه تنازعٌ وتناكر.

وهذا التصوير وإن أزاح الاعتراض المذكور ففيه[(٥)] إشكالٌ آخر، وذلك أن مدعي النصف، ومدعي الثلث، ليس في يدهما إلا مايدعيانه.

---

(١) انظر: المختصر ص ٣١٥. وانظر: هامش ١ بالعزيز ٢٢٩/١٣.
(٢) "يكون" لست في
(٣) في: أ "اليد".
(٤) في: ز "كذا منها".
(٥) في: أ "فيه".

فقولهما: إن الباقي لفلان الغائب، ليس إقراراً، ولكنه دعوى للغائب، فيحتاج إلى الوكالة من جهته، فإذا لم يتعرضا للوكالة، أو لم يثبتاها أشبه أن يقال: الحكم كما لو اقتصر كل واحدٍ منهما على أن لي كذا.

ولو أقام كل واحدٍ منهم بينة على مايدعيه لنفسه، فيحكم لمدعي[1] الثلث بالثلث، لأن فيه بينةً ويداً، ولمدعي السدس بالسدس لمثل ذلك وبماذا يحكم لمدعي النصف؟ فيه وجهان:

أحدهما: النصف، لأن له في[2] الثلث يداً وبينةً، وفي السدس الباقي بينةً. والآخران لايدعيانه.

والثاني: يحكم له بالثلث، ونصف السدس، لأن السدس الزائد على ما في يده لايدعيه على مدعي السدس خاصة، إنما يدعيه شائعاً في بقية الدار. وهي في يدهما جميعاً، ولذلك يستحلفهما لو لم تكن بينة، وإذا[3] كان السدس مدعى على الشيوع، فنصفه المدعى على مدعي الثلث عارضت فيه بينته بينة مدعي النصف، وترجحت باليد، ونصفه المدعى على مدعي السدس، يحكم به لمدعي النصف، ببينته، لأن ينة مدعي السدس لاتعارضها، فيحصل[4] لمدعي النصف ثلث، ونصف سدس، ولمدعي الثلث، سدس[5]، والناقلون: يقولون: ولمدعي السدس سدس، ونصف، واللائق بالتصوير المذكور، أن يقال: ويبقى في يد مدعي السدس، سدس، ونصف وهذا الوجه الثاني قريبٌ من الطبع، لكن بالأول أجاب القاضي ابن كج، وهو المحكي عن القفال، وذكر الروياني: أنه المذهب.

وأجرى أبوالفرج الزاز: الوجهين في أن المدعي في السدس الزائد على مدعي السدس وحده[6]، أو عليهما جميعاً.

---

(١) في: أ "المدعي".
(٢) في: ز "فيه".
(٣) في: أ، ب، ظ "وإن".
(٤) في: أ "فيجعل".
(٥) في: أ، ب، ظ "ثلث".
(٦) في: ظ "لايحتاج".

واعلم أن مدعي الثلث، ومدعى السدس لايحتاجان إلى إقامة البينة في الابتداء، لكن مدعي النصف يحتاج إلى إقامة البينة للسدس الزائد على مافي يده، فلتصور إقامة البينة من جهتهم، فيما إذا أقام مدعي النصف أولاً، ثم أقام الآخران، على نحو ماذكرنا في الفرع الأول.

وإنه يجوز أن يفرض من مدعي السدس إقامة البينة على السدس للغائب مع إقامة البينة على أن السدس له بناء على أن المدعى عليه إذا أقر بما في يده لغائب، يجوز له إقامة البينة على أنه للغائب، وقد بيناه من قبل.

الخامس: دارٌ في يد ثلاثة، ادعى أحدهم كلها، والثاني: نصفها، والثالث: ثلثها، وأقام كل واحد من الأولين البينة على ما ادعى دون الثالث، فلمدعي الكل الثلث، بالبينة، واليد، ولمدعي النصف كذلك، ولمدعي الكل نصف ما في يد الثالث أيضاً ببينته السلمية عن المعارض. وفي النصف الآخر تتعارض بينته، وبينة مدعي النصف. فإن قلنا: بالتساقط، فالقول قول: الثالث في السدس، وفي بطلان البينتين، فيما عدا السدس بناءً على تبعيض الشهادة مامر. وإن قلنا: بالاستعمال، لم يخف التوقف، والإقراع.

وإن قلنا: بالقسمة، قسم بينهما فيحصل لمدعي الكل نصفٌ، ونصف سدس ولمدعي النصف ثلث ونصف سدس، هكذا أورد المسألة الشيخ: أبوعلي، وغيره. وقد يقال: مدعي النصف لايدعي السدس الزائد على ما في يده على الثالث خاصة، لكن يدعيه شائعاً على الآخرين معاً فنصف السدس الذي يدعيه كل مدعي الكل، يندفع ببينة مدعي الكل ويده، والنصف الآخر الذي يدعيه على الثالث، وهو الذي يقع فيه التعارض، وهو الذي ينبغي أن يقسم إذا[1] قلنا: بالقسمة، والباقي مما في يد الثالث، وهو الرُبع، يسلم لمدعي الكل ببينته. وعلى هذا فالحاصل لمدعي الكل ثلث وربعٌ، وربعُ سدسٍ، ولمدعي النصف الباقي.

---

(١) في: ظ "إن".

(قال [الغزالي]: أما إذا وُجد الترجيح، فمدارك الترجيح ثلاثة: المدرك[١] الأول: قوة الحجة، فيقدم شاهدان على شاهد، ويمين في اصح القولين، فلو اقترنت[٢] اليد بالحجة الضعيفة، فوجهان: أحدهما: أحدهما: أن اليد أولى. والثاني: أنهما[٣] يتعادلان، أما إذا كان شهود أحدهما أكثر، أو أعدل، فلا ترجيح فيه في القول الجديد أصلاً، بخلاف الرواية، وكذلك[٤] لايرجح رجلان على رجل وامرأتين).

[الفصل الثاني: في أسباب الترجيح].

السبب الأول أن تختص إحدى البينتين بمزيد قوة:

[قال الرافعي] القسم الثاني: إذا تعارضت البينتان، وهناك مايرجح إحداهما، فيعمل بالراجحة وللترجيح أسبابٌ: منها أن تختص إحدى البينتين بمزيد قوة. وفيه صورٌ:

إحداها[٥]: لو أقام أحدهما شاهدين، والآخر شاهداً، وحلف معه فقولان

أحدهما: أنهما يتعادلان، لأن كل واحدٍ منهما حجة كافية في المال.

وأصحهما: على ماذكر الإمام، وصاحب الكتاب: يرجح الشاهدان، لأن شهادة الشاهدين حجة بالإجماع، والشاهد، واليمين مختلف فيه، وأيضاً، فالذي يحلف مع شاهده يصدق نفسه، والذي يقيم شاهدين يصدقه غيره، فهو أقوى جانباً، وأبعدُ عن التهمة، وعلى هذا فلو كانت اليد مع صاحب الشاهد، واليمين فوجهان:

أحدهما: أن اليد وقوة الحجة الأخرى يتقابلان، ويتدافعان ويتعادل الجانبان[٦].

وأشبههما: أن جانب صاحب[٧] اليد يرجح[٨] لاعتضاده باليد المحسوسة، هكذا نقل الإمام، وصاحب الكتاب، وحكى في "التهذيب" الخلاف في المسألة قولين، و لم يحك

---

(١) "المدرك" ليست في: ز.

(٢) في: أ "اقترن بالحجة".

(٣) في: أ "لا".

(٤) في: أ، ب، ظ "كذا".

(٥) "إحداهما" ليست في: أ.

(٦) من قوله: "ويتدافعان ويتعادل الجانبان" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) "وأشبههما: أن جانب صاحب" ليست في: ظ.

(٨) في: أ، ب "يرجح".

التعادل، ولكن قال: أحد القولين ترجيح صاحب اليد.

والثاني: ترجيح الآخر لقوة حجته. قال: ويمكن بناء القولين على أن صاحب اليد، هل يحلف مع البينة أم لا؟ وسيأتي الخلاف فيه.

إن قلنا: لايحلف فيمينه كشاهد آخر، فيرجح جانبه باليد.

وإن قلنا: لايحلف، فيرجح جانب الآخر، لأن جانب صاحب اليد على هذا، إنما يرجح إذا انضمت اليمين إلى البينة الكاملة.

الثانية: لو زاد عدد الشهود في أحد الجانبين، فنصه - رضي الله عنه - في "المختصر"[١] أنه لا ترجيح، وعن القديم[٢] تمثيل قولٍ[٣] فيه[٤]، وللأصحاب طريقان[٥]:

أشهرهما: وهو المذكور في الكتاب[٦]، أن المسألة على قولين.

الجديد: أنه لاترجيح لكمال الحجة من الطرفين، والقديم، ويحكى عن مالك - رحمه الله - أنه يرجح جانب من زاد عدد شهوده، لأن القلب[٧] إلى قولهم أميل.

والثاني: القطع بالقول الأول، وحمل ما نقل عن القديم على حكاية مذهب الغير.

ولو اختصت إحدى البينتين بزيادة ورع، أو فقه، جرى الطريقان.

قال في "الوسيط"[٨] وعلى هذا الخلاف لو كان في أحد الجانبين شهادة أحد -

---

(١) انظر: ص ٣١٥.

(٢) "القديم" ليست في: أ.

(٣) في: ب "يميل". وفي ظ: "بمثل قوله" وفي النسخة المطبوعة "نقل قول" ١١/ ١٣/ ٢٢٢

(٤) ورد بهامش (٢) العزيز ٢٣٢/١٣ "قد رجح النووي طريقة القطع، وهذا خلاف مارجحه الرافعي فإنه قال: وللأصحاب طريقان أشهرهما أنه على قولين، والثاني: القطع بالأول، وحمل ما نقل عن القديم حكاية مذهب الغير ... وما فعله النووي هو الصواب الذي عليه الجمهور كما قاله الماوردي".
انظر: الروضة ٥٨/١٢، والحاوي ٣٣١/٢١.

(٥) في: ب "فيه طريقتان".

(٦) انظر: الوجيز ٢٦٧/٢.

(٧) في: ب "الغلبة".

(٨) انظر: الوسيط ٤٣٦/٧.

الخلفاء الأربعة – رضي الله عنهم – وفي الرواية يثبت الرجحان بهذه الأمور، وفرقوا: بأن للشهادة نصاباً مقدراً، فيتبع. وليس للرواية ضبط، فليعمل بأغلب الظنين. ومنهم من ألحق الرواية بالشهادة، والظاهر الأول.

الثالثة: لو أقام أحدهما رجلين، والآخر، رجلاً، وامرأتين، فالمشهور: أنه لاترجيح، لقيام الحجة بكل[١] واحدٍ منهما بالاتفاق.

وعن الماسرجسي – رواية قول آخر، وهو ترجيح الرجلين، لزيادة الوثوق[٢] بقولهما، ولذلك[٣] يثبت بقول رجلين[٤]، مالايثبت بقول رجل وامرأتين.

ونقل الفوراني: مثل ذلك أيضاً. ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: "ولا ترجيح به" بالميم. وقوله "في القول الجديد" بالواو، لطريقة من نفي الخلاف. وقوله "بخلاف[٥] الرواية" بالواو، للوجه المذكور فيها "وكذا لايرجح رجلان على رجل ومرأتين" أراد على أحد القولين، على مابينه في "الوسيط"[٦]. ولم يرد القطع بعدم الترجيح.

(قال [الغزالي]: المدرك الثاني: اليد[٧] فتقدم بينة الداخل على بينة الخارج، ولكن إذا أقامها بعد بينة الخارج، ولو أراد إقامتها قبل دعوى مدعي التسجيل، لم يجز. ولو أقام بعد الدعوى لإسقاط اليمين، فالظاهر: أنه لايجوز، ولو أقام بعد بينة الخارج، وقبل التعديل، فوجهان.

أما إذا أقام بعد إزالة يده ببينة الخارج، وادعى ملكاً سابقاً فهل تقدم بسبب يده التي سبق القضاء بإزالتها؟ فيه وجهان.

---

(١) في: أ، ب "وكل".
(٢) في: أ "الوقوف".
(٣) في: ظ "كذلك".
(٤) في: ز "الرجلين".
(٥) في: ب "مخلاف".
(٦) انظر ٧/٤٤٣.
(٧) "اليد" ليست في: ز.

ولو /أقام بعد القضاء، وقبل التسليم، فوجهان، مرتبان، وأولى بأن تقدم ثم إذا ٥٧٧/ز **قدمنا بينة الداخل، فهل يحتاج إلى أن يحلف معه؟ فيه وجهان، وقيل: إنه لايستعمل بينته إلا في إسقاط بينة الخارج، فتبقى عليه اليمين كما كان).**

السبب الثاني من أسباب الترجيح اليد:

[قال الرافعي]: ومن أسباب الترجيح اليد، فإذا ادعي عيناً في يد غيره، وأقام البينة على أنها ملكه، وأقام صاحب اليد، البينة على أنها ملكه[١]، تسمع بينته، وترجع على بينة الخارج، وبه قال مالك[٢]. وقال: أبوحنيفة[٣]: لاتسمع بينة صاحب اليد، ولا يحكم بها إلا في ثلاث صور:

إحداها: دعوى النتاج، وهو أن يتنازعا دابة، وأقام كل واحد بينة على أنها ملكه وهو[٤] نتجها.

والثانية: أن يتنازعا ثوباً، لاينسج إلا مرة واحدة، وأقام كل واحد منهما بينة، أنه ملكه هو نسجه، ومن المنسوجات مانيسج[٥] أكثر من مرة، كالخز، والنسيج.

والثالثة: أن يسند الملك إلى شخص واحدٍ، بأن أقام كل واحد منهما البينة على أنه اشترى من زيد، أو انهب، ففي هذه الصور[٦] ساعدنا على أنه تُسمع بينة الداخل، ويحكم بها، وعن أحمد - ثلاث روايات.

إحداها: كمذهبنا، والأخرى - كمذهب أبي حنيفة، إلا أنه لم يفرق في بينة النسج، بين مالاينسج إلا مرة، وبين غيره.

وأظهرها[٧]: أنه لاتسمع بينة الداخل، ولا يحكم بهاعلى الإطلاق.

---

(١) "وأقام صاحب اليد . . . ملكه" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) انظر: المدونة الكبرى ٤/٤٥.

(٣) انظر: الهداية ٣/١٥٧.

(٤) "وهو" ليست في: ز.

(٥) في: أ "نسج".

(٦) في: أ "الصورة". وفي: ظ "فهذه الصورة".

(٧) في: أ، ب، ظ "أظهرهما".

واحتج الأصحاب على أبي حنيفة - بالقياس على ما سلمه، وبأنهما تساويا في البينة، وانفرد صاحب اليد، باليد، فيحكم له، كما لو انفرد باليد، ولا بينة. وعلى أحمد بما روي: أن رجلين تداعيا دابة، وأقام كل منهما بينة، أنها دابته، نتجها، فقضى بها رسول الله ﷺ "للذي هي في يده"(١).

وهل يشترط في سماع بينة الداخل أن يبين سبب الملك، من شراء، أو إرث، أو غيرهما؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنهم ربما أعتمدوا ظاهر اليد.

وأصحهما: أنها تسمع، وإن كانت مطلقة، كبينة الخارج، فإنها تقبل مطلقة مع احتمال أن الشهود اعتمدوا يداً سابقة، ولا فرق في ترجيح بينة الداخل بين(٢) أن يبين الخارج، والداخل سبب الملك، وبين أن يطلقا.

وكذا لافرق بين إسناد البينتين، وإطلاقهما إذا سمعنا بينة الداخل مع الإطلاق.

وإذا وقع التعرضُ للسبب، فلا فرق أن يتفق السببان، أو يختلفا، ولا بين أن يسند الملك إلى شخص واحدٍ، بأن يقول: هذا اشتريته من زيد، وهذا مثل ذلك، أو تقول المرأة: وهي أحد المتداعيين: أصدقنيه زوجي.

ويقول خصمها: اشتريته من زوجك، وبين أن يسنده أحدهما إلى شخص، والآخر إلى آخر.

وحكى الفوراني: وجهاً: أنه إذا أقام كل واحدٍ منهما البينة على الانتقال من شخص معين يتساويان، لأنهما اتفقا على أن اليد كانت لثالث، وكل واحدٍ منهما يزعم الانتقال إليه. ثم في الفصل مسألتان.

إحداهما: في أن بينة الداخل متى تسمع؟ ولها أحوال.

---

(١) الحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/٢١٠ "حديث: إن رجلين تداعيا ... الخ" الدارقطني والبيهقي من حديث جابر، وإسناده ضعيف".

(٢) "بين" ليست في: أ، ب، ظ.

إحداها: أن يقيمها قبل أن يدعى عليه شئٌ فظاهر المذهب: أنها لا تسمع فإن الحجة إنما تقام على خصم[١]، فإذا[٢] لم يكن خصم، فلا حاجة إلى الحجة[٣].

وفيه وجه: أنها تسمع لغرض التسجيل.

والثانية: أن يقيمها بعد الدعوى[٤]، وقبل أن يقيم المدعي البينة، فإن سمعنا في الحالة الأولى، فها هنا أولى. وإلا فوجهان.

أظهرهما: أنها لا تسمع أيضاً، لأن الأصل في جانبه اليمين، فلا معدل[٥] عنها مادامت مكتفى بها، وعن ابن سريج، أنها تسمع، ليسقط اليمين عن نفسه، كالمودع تسمع البينة منه على الرد، والتلف، وإن كانت يمينه كافية.

الثالثة: أن يقيمها بعد أن أقام الخارج البينة، ولكن قبل أن يعدل، فإن سمعنا في الحالة الثانية، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان.

أحدهما: لاتسمع، لأنه[٦] مستغنٍ عنها بعد.

وأصحهما: أنها تسمع، ويحكم بها، لأن يده بعد إقامة البينة مشرفة على الزوال، فتمس الحاجة إلى تأكيدها، ودفع الطاعن فيها[٧].

الرابعة: إذا أقامها بعد بينة المدعي، وتعديلها، فقد أقامها في أوان إقامتها، وإن لم يقمها حتى قضى القاضي للمدعي وسلم المال إليه، فإن[٨] لم يسند الملك إلى الأول، فهو الآن مدعٍ خارج، وإن ادعى ملكاً مستنداً[٩] إلى ماقبل إزالة اليد، واعتذر بغيبة الشهود، ونحوها، فهل تسمع بينته؟، وهل تقدم باليد المزالة بالقضاء؟ فيه وجهان.

---

(١) في: ب "شخص".
(٢) في: ز "فإذا".
(٣) في: أ "الحجة".
(٤) "بعد الدعوى" ليست في: ظ.
(٥) في: ظ "ولا يعدل".
(٦) في: ظ "لأنه".
(٧) انظر: الحاوي ٣٢٦/٢١، والوجيز ٢٦٧/٢، الروضة ٥٩/١٢، ومغني المحتاج ٤٨١/٤.
(٨) في: أ "وإن".
(٩) في: ز ، ط "مسنداً".

أحدهما: المنع، لأن تلك اليد مقضي بزوالها، وبطلانها[١]، فلا ينقض القضاء.

وأصحهما: أن بينته مسموعة كبينة أجنبي[٢] حتى يقيمها، بعدما قضى القاضي للمدعي، وينقض القضاء الأول، لأنه إنما أزيلت اليد[٣] لعدم الحجة، وقد قامت الحجة الآن، وإن[٤] أقام البينة بعد القضاء للمدعي، وقبل الانتزاع، والتسليم إلى المدعي فوجهان مرتبان، وأولى بأن تسمع بينته، ويقدم جانبه لبقاء اليد حساً[٥].

وإلى الوجه الآخر ذهب القاضي الحسين، فإن أبا سعدٍ الهروي قال: قال القاضي الحسين: أشكلت علي هذه المسألة نيفاً وعشرين سنة لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وتردد جوابي فيها، فذكرت مرة: أنه إن تأكد الحكم بالتسليم لم ينقض، وإن لم يتأكد فوجهان.

ثم استقر رأيي على أنه لاينقض سواء كان قبل التسليم، أو بعده.

المسألة الثانية: هل يحلف الداخل مع بينته ليقضى له[٦]؟ فيه وجهان، أو قولان: أصحهما: ويحكى عن نصه - رضي الله عنه - في "القديم" أنه لايحلف، كما لايحلف الخارج مع البينة، وهذا ماحُكيَ عن أبي حنيفة حيث قال: يقضي للداخل[٧].

والثاني: يحلف لاحتمال أن الشهود شهدوا بظاهر اليد، وبنوا هذا الخلاف على أن القضاء للداخل باليد، أم بالبينة المرجحة باليد؟ أحد المأخذين: أن القضاء باليد، لأن البينتين إذا تعارضتا تساقطتا، وصار كأنه لابينة، فعلى هذا لابد من اليمين. والثاني: أن

---

(١) "وبطلانها" ليست في: ب، ظ.

(٢) "أجنبي" ليست في: أ، ب، ظ.

(٣) "اليد" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: أ، ب "فإن".

(٥) ورد بهامش (٥) بالعزيز ٢٣٥/١٣ "ما رجحه من السماع ونقض القضاء الأول قطع به الماوردي والقاضي أبوالطيب، وادعى فيه الإجماع، والشيخ في المهذب والعبادي في الزيادات، وعزاه في الذخائر للعراقيين، ثم قال: وحكى الخرسانيون وجهاً، لأنها لاتسمع، وكذا قال ابن أبي الدم قطع به العراقيون.

(٦) "له" ليست في: ب.

(٧) انظر: الهداية ١٥٧/٣.

القضاء بالبينة، وأنها ترجحت[١] باليد كما يترجح الدليل، في الأحكام الشرعية، على معارضه، وإنما تسقط البينتان إذا تعارضتا بلا ترجيح، فعلى هذا لاحاجة إلى اليمين.

وقوله في الكتاب: عقيب ذكر الوجهين. "وقيل: إنه لايستعمل بينته إلا في إسقاط بينة الخارج، فيبقي اليمين عليه.

كما كان يمكن حمله على طريقة جازمة بالتحليف بناءً على ماذكر في "الوسيط"[٢] أن الأصحاب: اختلفوا في أن بينتي الداخل والخارج تتهاتران، أو تترجح بينة الداخل باليد.

وإن قلنا: بالأول، فلابد من التحليف، وإن قلنا: بالثاني: ففي التحليف، وجهان يقربان من الخلاف في التحليف، إذا قلنا: بالقرعة وترجحت إحدى البينتين بها.

وإن قدرنا[٣] ماذكره توجيهاً، لأحد الوجهين، وهو التحليف، وتعبيراً عن مأخذ التهاتر، لا طريقة أخرى فليقرأ فقيل: بالفاء. والله أعلم.

قال [الغزالي] فرعان الأول: الداخل إذا قامت عليه البينة، فادعى الشراء من المدعي أو ثبت الدين، فادعى الإبراء، فإن كانت البينة حاضرة، سمعت قبل إزالة اليد، وتوفية الدين، وإن كانت غائبة طولب في الوقت بالتسليم، ثم إذا أقام استرد).

[الفرع الأول: فيما لو أقام الخارج بينة على الملك المطلق، والداخل أقام بينة على أنه اشتراه من الخارج]

[قال الرافعي] إذا أطلق الخارج دعوى الملك، وأقام عليه بينة، وقال: الداخل هو[٤] ملكي اشتريته منك، وأقام عليه بينة[٥]، فالداخل أولى، لأن مع شهوده[٦] زيادة علم، وهي الانتقال الحادث، ولأن الداخل مقدم عند إطلاقهما الدعوى والبينة، فإذا قيد

---

(١) في: أ "رجحت".
(٢) انظر: ٤٣٤/٧ - ٤٣٥.
(٣) في: ظ "ماقدره".
(٤) في: أ "هي".
(٥) من "وقال: الداخل .... عليه بينة" ليست في: ب، ظ.
(٦) في: ظ " "شهادته".

كان أولى بالتقديم. ولو قال: الخارج هو ملكي ورثته من أبي، وقال الداخل: هو ملكي اشتريته من أبيك، فكذلك الحكم.

ولو انعكست الصورة، فقال الخارج هو ملكي اشتريته منك، وأقام عليه بينة، وأقام الداخل بينة على أنه ملكه، فالخارج[١] أولى لزيادة العلم مع بينته.

ولو قال كل واحدٍ منهما لصاحبه اشتريته منك، وأقام عليه بينة، وخفي التاريخ، فصاحب اليد أولى.

حكاه القاضي الروياني، وغيره.

وعن أبي حنيفة[٢]: مساعدتنا في هذه الصورة.

إذا عرف ذلك، ففي الصورة الأولى: وهي أن يُطلق الخارج، ويقول الداخل: اشتريته منك، لاتزال يده قبل إقامة البينة، وعن القاضي الحسين: أنها تُزال، ويؤمر بالتسليم إلى المدعي، لاعترافه بأنه كان له، ثم يثبت مايدعيه من الشراء. والظاهر الأول، لأن البينة إذا كانت حاضرة فالتأخير[٣] إلى إقامتها سهل، فلا معنى للانتزاع، والرد.

نعم لو زعم أن بينته غائبةٌ، فلا يتوقف، بل يؤمر في الحال بالتسليم، ثم إن أثبت مايدعيه استرد، ويجري[٤] الخلاف فيما إذا ادعى ديناً، فقال: المدعى عليه أبرأني، وأراد إقامة البينة، لا يكلف توفية الدين على قول[٥] الأكثرين.

وعلى ماذكر القاضي يكلف، ثم إن أثبت[٦] مايقوله: استرد، وهذا كما ذكر في أوائل كتاب الدعاوى[٧]: أنه لو قال: أبرأني، فحلفوه يحلف قبل أن يستوفي.

---

(١) في: أ "الخارج".
(٢) انظر: الهداية ١٥٧/٣.
(٣) في: ب "التأخر".
(٤) في: أ "يتجرى".
(٥) "قول" ليست في: أ.
(٦) في: ب "إذا ثبت".
(٧) انظر: الوجيز ٢٦١/٢، والعزيز ١٦٢/١٣.

(قال [الغزالي]: الثاني من أقرَّ لغيره بملك لم تسمع بعد دعواه، حتى يدعي[١] تلقي الملك من المقر له. ولو أخذ منه بحجةٍ، فهل يحتاج بعده في الدعوى إلى ذكر التلقي منه؟ فيه وجهان. والأجنبي لايحتاج إليه إذ[٢] البينة ليست حجة عليه، فله دعوى الملك مطلقاً).

[الفرع الثاني: من أقر لغيره بملكٍ، ثم عاد إلى الدعوى].

[قال الرافعي]: من أقر بعينٍ لإنسان، ثم ادعاها، لم تسمع دعواه[٣]، إلا أن يذكر تلقي الملك عنه، وذلك لأن المقر مؤاخذٌ بإقراره في المستقبل ألا ترى أن من أقر أمس، يطالب به اليوم، ولولا ذلك لم يكن في الإقرار كثير[٤] فائدة، وإذا كان كذلك فيستصحب ما أقر به إلى أن يثبت الانتقال.

ومن أخذت منه ببينةٍ قامت عليه، ثم جاء يدعيها، فهل يحتاج إلى ذكر التلقي منه؟ فيه وجهان.

وجه قولنا نعم، إنه صار[٥] ملزماً بتلك الحجة، فيؤاخذ بموجبها كما لو أقر.

ووجه الثاني: إلحاقه بالأجانب، ولا خلاف أنه لو ادعى عليه أجنبيٌّ، وأطلق تسمع. وما الأظهر من هذين الوجهين؟ ذكر بعض أصحاب الإمام ذهاب الأكثرين إلى أنه لابد من ذكر التلقي لكنا حكينا عن الأصحاب في أحواله[٦] إقامة الداخل البينة: أنه لو أقامها بعدما انتزعت العين منه، هل تسمع بينته؟ وهل يقضى له؟ وبينا أن الأصح: السماع، والقضاء، وذلك الاختلاف مفروض فيما إذا أطلق دعوى الملك، ولم يذكر التلقي، فأما إذا ادعى التلقي، فلابد وأن تسمع دعواه، وقد صرح[٧] به أبوالحسن العبادي.

---

(١) "يدعي" ليست في: أ.

(٢) في: أ "إن".

(٣) في: ظ "دعواها".

(٤) في: ز "كبير".

(٥) في: ظ "صار ملكاً".

(٦) في: أ "الأحوال".

(٧) في: ظ "فقد".

وإذا كان الاختلاف في إطلاق الدعوى[١] ورجحنا وجه السماع، لزم أن يكون الراجح هاهنا: أنه لا حاجة إلى ذكر التلقي. والله أعلم.

فروع: أكثرها عن ابن سريج: أقام الخارج بينة على أن هذه[٢] العين ملكي غصبها مني الداخل، أو قال: أجرتها منه، أو[٣] أودعتها إياه، وأقام الداخل بينة على أنها[٤] ملكهُ، فأحد الوجهين: أنه يُقضى لصاحب اليد/ هذا ما صححه صاحب "التهذيب". ٥٧٩/ز

والثاني: وهو المنقول عن ابن سريج: أنه يُقضى للخارج.

وهذا ما ارتضاه[٥] العراقيون، وبه أجاب القاضي أبو أسعد الهروي[٦] ولو لم تكن بينةٌ، ونكل الداخل عن اليمين، فردت على الخارج، وحكم له، ثم جاء المدعى عليه ببينةٍ، تسمع. كما لو أقامها بعد بينة المدعى.

وفيه وجه[٧] آخر: أنها لاتسمع بناءً على أن النكول، ورد اليمين كالإقرار.

ولو تنازعا شاةً مذبوحة في يد أحدهما رأسُها، وجلدها وسواقطها، وفي يد الآخر باقيها، وأقام كل واحد منهما[٨] بينةً على أن الشاة له، يقضى له بما في يده، وعند أبي حنيفة[٩] يقضى له بما في يد صاحبه بناءً على أنَّ بينة الخارج مقدمة.

ولو قالت: كل بينةٍ: الشاة له، نتجتْ[١٠] في ملكه، وذُبِحَتْ في ملكه، قضي

---

(١) "الدعوى" ليست في: ظ.

(٢) في: ب، ظ "هذا".

(٣) في: أ "و".

(٤) في: أ "أنه".

(٥) في: ز "رضيه".

(٦) "الهروي" ليست في: ب، ز ، ظ.

(٧) "كما لو . . . وفيه وجه" ليست في: ب، ظ.

(٨) "منهما" ليست في: ظ.

(٩) انظر: الهداية ٣/١٦٨.

(١٠) في: أ "ونتجت".

لكل واحدٍ منهما بما في يده بالاتفاق، لأن البينة قد تعرضت للنتاج، فيقدم الداخل[١].

ولو كانت في يد كل واحدٍ شاةٌ، فادعى كل واحدٍ، أن الشاتين لـه، وأن الـتي في يد صاحبه نتجت من الذي في يده، وأقاما عليه البينة، فهما متعارضتان، فلكـل[٢] واحـدٍ منهما التي في يده لاعتضاده[٣] ببينة في يده. وإن أقام كل واحدٍ منهما البينة على أن الـتي في يد الآخر ملكه، قضي لكل واحدٍ منهما بما في يد الآخر.

(قال [الغزالي]: المدرك الثالث: اشتمال إحدى البينتين على زيادة، وهي أقسام[٤].

الأول: زيادة التاريخ، فإذا شهدت[٥] بينة أنه ملكـهُ منـذ سنةٍ والأخرى منذ سنتين، ففي تقديم السابق، قولان. وإن كانت إحداهمـا مطلقة، والأخرى مقيدةٌ[٦] مؤرخةً، أو مضافة إلى سبب من نتاج، أو شراء، أو زراعة، فقولان مرتبان، وأولى بـأن لا يُرجحَّ المقيدُ، فإن[٧] جعلنا للسبق أثراً، فكان[٨] السبق في جانبٍ، واليـد في جانب قدمت[٩] اليد على وجهٍ، والسبق على وجهٍ، ويتعادلان على وجهٍ).

[الفصل الثالث: في الزيادة في البينة].

[قال الرافعي] ترجم هذا المدرك بالزيادة في البينة، وأراد اختصاص الشهادة يتـأيد بأصلٍ، أو زيادة علم.

---

(١) انظر: الروضة ٦١/١٢، ومغني المحتاج ٤٨١/٤.
(٢) في: ظ "ولكل".
(٣) في: أ "لاعتضاهده ببينته".
(٤) في: ظ "ثلاثة أقسام".
(٥) في: أ "شهد".
(٦) "مقيدة" ليست في: أ، ب، ظ.
(٧) في: أ، ب "وإن".
(٨) في: أ، ظ "وكان".
(٩) في: أ، ب، ظ "قدم".

والمدرك الأول: بقوة الحجة، وأراد اختصاص الشهود بصفة تفيد زيادة الوثوق بقولهم، وفي ترتيب الكتاب من هاهنا إلى آخر الباب نوع اضطراب، فإنه قال: "وهي أقسام.

القسم الأول زيادة التاريخ

الأول: زيادة التاريخ، ثم قال: الطرف الثاني في العقود، والثالث: في الموت. و[١]الرابع في العتق، والوصية، وزيادة التاريخ تدخل في العقود، كما تدخل في الأملاك المطلقة.

ولا ينبغي أن تدخل بعض أقسام التقسيم في بعض.

وينتظم أن يقال: في أول الركن تعارض البينتين، وقد تقع في الأملاك، وقد تقع في غيرها، كالعقود، والموت، والوصية.

فهذه[٢] أطرافٌ تحتاج إلى النظر فيها: الأول: في الأملاك: فإما أن تخلو البينتان المتعارضتان فيها عن الترجيح، أو يكون هناك ترجيحٌ ، وللترجيح أسباب ثلاثة.

ثالثها: اشتمال إحدى البينتين على زيادة التاريخ، فينسلك المقصود[٣] من ركن البينة إلى آخر الباب، في هذا الترتيب.

وفقه الفصل: أنه[٤] إذا أرخت كل بينةٍ الملك بتاريخ، نظر: إن توافق التاريخان، فلا ترجيح، وإن اختلفا كما إذا قامت بينة هذا على أنه ملكهُ منذ سنةٍ، وبينة هذا على أنه ملكه منذ سنتين، ففيه طريقان.

المشهور منهما أن في ترجيح أسبقهما تاريخاً قولين: أحدهما: ويحكى عن نصه - رضي الله عنه - في "البويطي" أنه لاترجيح، لأن مناط الشهادة الملك في الحال، وقد استويا فيه، فأشبه ما إذا كانتا مطلقتين، أو مؤرختين، بتاريخ واحد. وثانيهما: ويحكى عن رواية "الربيع"، وبه قال أبوحنيفة[٥].

---

(١) في: أ "والتاريخ".

(٢) في: ز "وهذه".

(٣) في: أ "القصود".

(٤) "أنه" ليست في: ظ.

(٥) انظر: الهداية ١٦٩/٣.

واختاره المزني: أنه يُرجح أسبقهما تاريخاً، لأنها تثبت الملك في وقت لا تُعارضُها البينة الأخرى فيه، وفي وقت تعارضها الأخرى فيتساقطان في وقت[(١)] محل التعارض، ويثبت موجبها فيما[(٢)] قبل محل التعارض. والأصل في الثابت[(٣)] دوامه.

وأصح القولين الأول عند القاضي ابن كج، وشرذمة.

والثاني: عند أكثرهم منهم الشيخ أبوحامد، وسالكوا طريقته، وصاحبا "المهذب" و "التهذيب" وإيانا[(٤)].

والطريق الثاني: نقل القاضي ابن كج[(٥)] عن ابن سريج، وابن سلمة وابن الوكيل: أنهم قطعوا بنفي الترجيح، ولم يثبتوا القول الآخر، والمثبتون للخلاف طردوه في بينتي شخصين يتنازعان في نكاح امرأة إذا أرختا بتأرخين مختلفين، وأيضا فيما إذا تعرضتا مع اختلاف التاريخ، لسبب[(٦)] الملك، كما إذا قام أحدهما: بينة: أنه اشتراه من زيد منذ سنةٍ، والآخر بينة على[(٧)] أنه اشتراه من عمرو منذ سنتين.

ولو نسبا العقدين إلى شخص واحدٍ، فأقام[(٨)] هذا بينة، على أنه اشتراه من زيد منذ سنتين، فالسابق أولى لامحالة، وطردوه أيضاً فيما إذا تنازعا أرضاً مزروعة، أقام[(٩)] أحدهما: بينة أنها أرضه زرعها، والآخر بينة أنها ملكه مطلقاً، لأن البينة التي تشهد بالزرع تثبت الملك من[(١٠)] وقت الزراعة.

---

(١) "وقت" ليست في: أ، ب، ظ.
(٢) في: ظ "موجبهما قبل".
(٣) في: ظ "الباب".
(٤) "إيانا" ليست في: ز . وانظر: المختصر ص ٣١٦، والحاوي ٣٩٣/٢١، والمهذب ٤٠١/٢، والروضة ٦٣/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٢/٤.
(٥) "ابن كج" ليست في: ظ.
(٦) في: أ "بسبب".
(٧) "على" ليست في: ز ، ظ.
(٨) "على أنه ... وهذا بينة" ليست في: ظ.
(٩) في: أ "وأقام".
(١٠) "من" ليست في: ظ.

هكذا ذكر صاحب "التهذيب" تصويراً، وتوجيهاً، وفيه مايبين أن سبق التاريخ لايشترط أن يكون بزمان معلوم، حتى لو قامت بينة على أنه[1] ملكه منذ سنة، وأخرى[2]: على أنه ملكه أكثر من سنة، كان موضع الخلاف، فإن رجحنا أسبق البينتين تاريخاً، قضينا بها،/ ولصاحبها الأجرة، والزيادات الحادثة من يومئذ، وإن لم نرجحها ٥٨٠/ز
ففيها[3] الخلاف السابق في تعارض البينتين.

وإن كانت إحدى البينتين مطلقة. والأخرى مؤرخة، فمن قطع من مختلفي التاريخ بأنه لاترجيح، فها هنا أولى، ومن[4] أثبت الخلاف هناك تحزبوا، فمن طارد للقولين هاهنا يوجهُ[5] ترجيح المؤرخة[6] بأنها تثبت الملك من وقت معين، والأخرى لا تقتضي[7] إلا إثبات الملك في الحال، والتسوية بينهما، بأن المطلقة كما لاتقتضي الإثبات قبل الحالة الراهنة لاتنفيه أيضاً.

ولعله لو[8] بحث عنها أثبت الملك قبل ذلك الوقت.

ومن قاطعٍ بالتسوية، وكيف فرض؟ فالظاهر التسوية هاهنا.

ثم احتج المزني للقول الذي اختاره: بأنهما لو تنازعا دابة، أقام أحدهما بينة على أنها ملكه، والآخر بينة أنها ملكه، وهو الذي نتجها، تقدم البينة[9] المتعرضة للنتاج.

واختلف[10] الأصحاب، ولم يُسلم له أكثرهم ما ادعاه، وحكموا بأن المسألة

---

(١) في: ظ "أنها".
(٢) في: أ "والآخر".
(٣) في: ظ "ففيهما".
(٤) "ومن" ليست في: ظ.
(٥) في: ب، ز "موجه".
(٦) انظر: الروضة ١٢/٦٢.
(٧) "لا تقضي" ليست في: أ.
(٨) في: أ "أو".
(٩) "والآخر بينة على ... تقدم البينة" ليست في: أ، ظ.
(١٠) في: أ "اختلاف".

على القولين، وأخروهما في كل بينتين أطلقت إحداهما الملك[١]، ونصت الأخرى على الملك، وسببه من الإرث، والشراء، وغيرهما.

ومنهم من سلم له ماذكره في صورة النتاج، وفرقوا بينها[٢]، وبين بينتي الملك المطلق، بأن بينة النتاج تثبت ابتداء الملك له، والتي هي أسبق تاريخاً. لا تثبت ابتداء الملك[٣] له[٤]، فهذا[٥] التوجيه يقتضي اطراد الطريقتين[٦] فيما إذا تنازعا ثمرةً أو[٧] حنطةً، فشهدت بينةٌ بأنها حدثت من شجرته، أو بذره.

ولا يقتضي جريان الثانية فيما إذا تعرضت إحداهما للشراء، وسائر الأسباب، فإنها لاتوجب ابتداء الملك.

واعلم أن المسألة من أصلها مفروضة فيما إذا كان المدعى في يد ثالث، فأما إذا كان في يد أحدهما، و[٨]قامت بينتان مختلفتا التاريخ، فإن كانت بينةُ الداخل أسبق تاريخاً، فهو المقدم لا محالة. وإن كانت بينة الآخر أسبق[٩] تاريخاً، فإن لم نجعل سبق التاريخ مرجحاً، فكذلك يقدم الداخل. وإن جعلناه مرجحاً، فثلاثة أوجه:

أصحها: ترجيح اليد، لأن البينتين متساوتان[١٠] في إثبات الملك في الحال فيتساقطان فيه، ويبقى من أحد الطرفين اليد، ومن الآخر إثبات الملك السابق، واليد أقوى من الشهادة على الملك السابق، ألا ترى أنها لاتزال بها.

---

(١) "الملك" ليست في: ب.

(٢) في: أ "بينهما". وفي: ز "بينة".

(٣) من "المطلق ... ابتداء الملك" ليست في: ظ.

(٤) "له" ليست في: أ، ظ.

(٥) في: ز "وهذا".

(٦) في: ز "القولين".

(٧) في: ز "أو تعرضت حنطة".

(٨) في: ظ "أو".

(٩) "بينة الداخل ... بينة الآخر" ليست في: ظ.

(١٠) في: ظ "يتساويان".

والثاني: ترجيح السبق، لأن مع أحدهما ترجيحاً من جهة البينة، ومع الثاني: ترجيحاً من جهة اليد، والبينة تتقدم على اليد، فكذلك الترجيح[١] من جهة البينة متقدم على الترجيح من جهة اليد.

والثالث: أنهما يتساويان لتعارض المعنيين.

وقوله في الكتاب: "ففي تقديم السابق قولان": يجوز أن يعلم لفظ القولين منه بالواو، للطريقة القاطعة.

وقوله "في تعارض البينتين المطلقة، والمؤرخة، والمطلقة والمضافة إلى النتاج، والشراء، فقولان مرتبان، وأولى بأن لايترجح المقيد" القولان[٢] في المطلقة والمؤرخة وترتيبهما ظاهر، وهذا الإيراد، وما ذكرناه[٣] من الطريقتين في هذه الصورة، يرجعان إلى معنى واحدٍ.

وأما في المطلقة والمضافة إلى الشراء، والنتاج فالترتيب[٤] على ماذكره، لم يتعرض له الأصحاب.

وإن فرض ترتيب[٥] فهو بالعكس مما ذكره، ألا ترى أن في صورة النتاج طريقة قاطعة بالتقديم[٦]، فليحمل قوله: "وأولى بأن لايترجح[٧] المقيد" على المقيد بزيادة التاريخ دون المقيد بالإضافة إلى السبب. وا لله أعلم.

(قال [الغزالي]: فروع الأول: لو[٨] شهدت بينة[٩] بملكه بالأمس، ولم تتعرض

---

(١) في: أ "للترجيح".
(٢) في: ظ "للمقيد والقولان".
(٣) في: ز "ماذكرنا".
(٤) في: ز "والترتيب".
(٥) في: أ "ترتب".
(٦) في: ظ "بالتقدم".
(٧) في: ب "يرجح".
(٨) "لو" ليست في: أ.
(٩) في: ز ، ظ "البينة".

للحال، لم تسمع حتى يقول: وهو ملكه في الحال، أو لا أعلم له مزيلاً، فإن قال: لا أدري زال ملكه[١] أم لا، لم يقبل، وإن قال: اعتقد أنه ملكه بمجرد الاستصحاب، ففي قبوله، خلاف. أما لو شهدت بأنه أقر له بالأمس ثبت الإقرار، ويستصحب موجب الإقرار، وإن لم يتعرض الشاهد للملك في الحال، ولو قال للمدعى عليه: كان ملكك[٢] بالأمس، فالظاهر: أنه ينتزع من يده، لأنه يخبر عن تحقيقٍ، فيستصحب بخلاف الشاهد، فإنه يخبر عن تخمين، حتى لو قال الشاهد: هو ملكه بالأمس[٣] اشتراه من المدعى عليه أو[٤] أقر له المدعى عليه بالأمس، فيسمع في الحال، لأنه استند إلى تحقيق، ولا[٥] خلاف أنه لو شهد على أنه كان في يد المدعي[٦] بالأمس قُبل، وجُعِلَ المدعي صاحب يد)[٧].

[الفرع الأول: فيما لو شهدت بينته بملكه بالأمس ولم تتعرض للحال].

[قال الرافعي]: إذا ادعى داراً أو عبداً في يد رجل فشهدت له البينة[٨] بالملك في الشهر الماضي، أو بالأمس، و لم تتعرض للحال.

نقل المزني، والربيع: أنها لا تسمع ولا يحكم بها.

وعن رواية "البويطي": أنها تسمع، ويُقضى بها. وللأصحاب فيه طريقان:

أشهرهما: وبه قال ابن سريج: أن المسألة على قولين[٩]:

أحدهما: أنها[١٠] تسمع، لأنها تثبت الملك له سابقاً، والشئ إذا ثبت فالأصل فيه

---

(١) "ملكه" ليست في: أ، ب، ظ.
(٢) في: أ، ب، ظ "ملكه".
(٣) "بالأمس" ليست في: ز.
(٤) في: ظ "إذا".
(٥) في: أ "فلا".
(٦) في: أ "المدعى عليه".
(٧) في: ز "اليد".
(٨) في: أ "بينة".
(٩) انظر: المختصر ص ٣١٦، والحاوي ٣٩٣/٢١ و ٣٩٤، والروضة ٦٣/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٣/٤.
(١٠) في: أ، ب "إنه".

الدوام، والاستمرار.

وأصحهما: المنع، لأن دعوى الملك السابق، لاتسمع، فكذلك البينة عليه، ولأن ثبوت الملك سابقاً إن اقتضى بقاءه، فيد المدعى عليه، وتصرفه يدل على الانتقال إليه، فلا يحصل ظن الملك في الحال.

والثاني: ويحكى عن أبي إسحاق: القطع، بأنها لاتسمع، وحمل هؤلاء المحكي عن البويطي على أنه ذكره من عند نفسه.

ويجرى الخلاف فيما إذا ادعى اليد، وشهد الشهود على أنه كان في يده أمس.

واعلم أن للقولين في هذا الفرع تعلقاً بالقولين، فيما إذا أرخت البينتان الملك، بتأريخين مختلفين، هل يقدم أسبقهما تاريخاً أم يتساويان؟ ثم منهم من بنى القولين، ههنا على القولين هناك.

ومنهم من يعكس البناء.

وقربا أيضاً[1] من الوجهين فيما إذا قال: كان لفلان عليَّ كذا، أو كانت[2] هذه الدار لفلان/ هل يكون إقراراً؟ وإذا قلنا: بأن الشهادة لا تسمع على الملك السابق فينبغي ٥٨١/ ز
أن يشهد الشاهد على الملك في الحال، أو يقول: كان ملكاً له، ولم يزل.

أو يقول، لا أعلم له مزيلاً ويجوز أن يشهد بالملك في الحال، استصحاباً لحكم ماعرفه من قبل، كشراءٍ وإرثٍ، وغيرهما، وإن كان يجوز زواله، ولو صرح في شهادته: أنه يعتمد الاستصحاب فوجهان.

حكى في "الوسيط" عن الأصحاب: أنه لايقبل، كما لا تقبل شهادة الرضاع على امتصاص الثدي، وحركة الحلقوم. وعن القاضي الحسين: القبول، لأنا نعلم أنه لامستند له[3] سواه، بخلاف الرضاع، فإنه يُدرك[4] بقرائن لاتدخل في العبارة.

---

(١) "أيضاً" ليست في: أ، ب، ظ.
(٢) في: ظ "كانت".
(٣) "له" ليست في: ز.
(٤) في: ز "يعرف بقرائن الأحوال".

ولو قال: لا أدري أزال ملكه أم لا؟ لم يقبل، لأن هذه صيغة المرتابين، وهي بعيدة عن أداء الشهادة.

ولو شهدت البينة على أنه أقر أمس للمدعي بالملك، قبلت الشهادة[١] واستديم حكم الإقرار، وإن لم يصرح الشاهد بالملك في الحال. وفيما عُلِقَ عن الإمام: أن[٢] منهم من طرد القولين فيه[٣]. والظاهر الأول، ولولاه لبطلت فائدة الأقارير.

ولو قال: المدعى عليه: كان ملكك بالأمس فوجهان:

أحدهما: أنه لا يؤاخذ به، ولا ينتزع المال من يده، كما لو قامت[٤] البينة على أنه كان ملكه أمس.

وأظهرهما: الانتزاع كما لو شهدت البينة على أنه أقر أمس، ويفارق الإقرار البينة من جهة[٥] أن المقر لا يقرُّ إلا عن تحقيق، والشاهد قد يتساهل، ويبنى على التخمين.

فإذا لم ينضم إليه الجزم في الحال، ضعف حتى لو استندت الشهادة إلى التحقيق أيضاً، بأن قال الشاهد، هو ملكه بالأمس اشتراه من المدعى عليه بالأمس، وأقر له المدعى عليه بالأمس[٦]، قبلت الشهادة، وكذلك نقله صاحب الكتاب هاهنا. وفي "الوسيط"[٧]: ولم يثبت الشيخ أبو نصر ابن الصباغ الوجهين فيما إذا قال المدعى عليه: كان ملكك[٨] بالأمس.

---

(١) "ولو شهدت البينة . . . قبلت الشهادة" ليست في: ظ.

(٢) "إن" ليست في: ظ.

(٣) "فيه" ليست في: ز ، ظ.

(٤) في: ز "كانت".

ومن قوله "على قولين أحدهما: . . . كما لو قامت البينة على أنه كان ملكها". في: أ غير واضح. أي مايقرب من لوحة ٢١ سطر.

(٥) في: أ "جهته".

(٦) "بالأمس" ليست في:

(٧) انظر: الوجيز ٢٦٩/٢، والوسيط ٤٣٧/٧.

(٨) في: ظ "ملكه".

وحكى القطع بأنه يؤاخذ بإقراره. ورد الوجهين إلى ما إذا[١] قال: كان في يدك أمس.

وفرق بين اليد، والملك: بأن اليد قد تكون مستحقة، وقد لاتكون، فإن كانت قائمة أخذنا بأن الظاهر منها[٢]: الاستصحاب، فإذا زالت ضعفت دلالتها.

وإذا عرفت ما يحتاج الشاهد إلى التعرض له على قولنا: إن الشهادة على الملك السابق لاتسمع، فكذلك إذا قلنا: إن الشهادة على اليد السابقة لاتسمع، فينبغي أن يتعرض الشاهد لزيادة: بأن يقول: كان في يد المدعي، وأخذه المدعى عليه منه، أو غصبه، أو قهره عليه، أو بعث العبد في شُغْلٍ، أو أبق منه، فاعترضه هذا وأخذه فحينئذٍ تقبل الشهادة، ويقضى بها للمدعي فيجعل صاحب يد.

وقوله في الكتاب: "لم تسمع حتى يقول: وهو ملكه" يمكن حمله[٣] من جهة اللفظ، أن يجعل جواباً على الطريقة القاطعة، ويمكن أن يجعل جواباً على الأصح على طريقة[٤] إثبات الخلاف، وعلى التقديرين، فليُعلم بالواو.

وكذا قوله "ويستصحب موجب الإقرار" لما حكيناه من الخلاف، ونقل في "الوسيط" أن القاضي: مال إلى ذلك الوجه، وقوله: "أو أقر له المدعى عليه بالأمس" يجوز أن يعلم بالواو، لأن هذه الصورة هي بعينها الصورة السابقة، وهي قوله: "أما لو شهد بأنه[٥] لو أقر له بالأمس" إلى آخره.

وقوله "ولا خلاف أنه لو شهد على أنه كان في يد المدعي أمس، قُبِلَ، وجُعِلَ المدعي صاحب يدٍ" غير مسلمٍ بل طرق الأصحاب: ناصةٌ على أنه كما لو قامت البينة على الملك بالأمس، بلا فرقٍ، بل في صورة اليد. تكلم الشافعي – رضي الله عنه – في

---

(١) في: ظ "فيما".

(٢) في: ظ "فيها".

(٣) "حمله" ليست في: ز ، ظ.

(٤) في: ظ "جهة".

(٥) في: ظ "أنه".

"المختصر"[١] وحكم بعدم القبول.

فرع: ذكرنا أن الشهود على الملك السابق، لو قالوا: لانعلم زوال ملكه، قبلت شهادتهم، ثم عن ابن المنذر[٢]: أن الشافعي - رضي الله عنه - قال: يحلف المدعي مع البينة، فإن ذكروا مع ذلك[٣] أنه غاصبٌ، فلا حاجة إلى اليمين.

قال القاضي أبوسعد الهروي: هذا غريب[٤]، ووجههُ : أن البينة قامت على خلاف الظاهر، و لم تتعرض لإسقاط ما مع المدعى عليه من الظاهر فأضيف إليها اليمين.

آخر: دار في يد رجل ادعاها آخران، وأقام أحدهما البينة أن الدار له غصبها المدعى عليه منه، وأقام الآخر البينة أن من في يده الدار[٥] أقر له، فليس بين هاتين[٦] البينتين منافاة، فيثبت الملك، والغصب بالبينة الأولى، وإذا ثبت ذلك لَغَىَ إقرارُ الغاصب لغير المغصوب منه. والله أعلم.

قال [الغزالي]: الفرع الثاني: البينة المطلقة لاتوجب تقدم زوال الملك على ماقبل البينة حتى لو شهدت[٧] على دابة فنتاجها قبل الإقامة للمدعى عليه، والثمرة البادية على الشجرة أيضاً كذلك. والظاهر: أن الجنين حال الشهادة للمدعي بطريق التبعية، وإن أمكن انفصاله بالوصية، ومع هذا فالمذهب أن المشتري إذا أخذ منه[٨] بحجة مطلقة، رجع على البائع، بل لو أخذ من المتهب أو من المشتري[٩] رجع الأول أيضاً[١٠]، ويحمل مطلقه إذا لم يدع على المشتري قبل[١١] إزالة ملكه منه على أن

---

(١) انظر: ص ٣١٦.

(٢) في: ز "المرزبان".

(٣) "ذكروا مع ذلك" ليست في: أ.

(٤) انظر: هامش (٤) بالعزيز ٢٤٥/١٣.

(٥) "الدار" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: أ "الهاتين".

(٧) في: أ، ب، ظ "شهد".

(٨) في" أ "أخذ منه المشتري".

(٩) في أ، ب،ز "ولو أخذ من المتهب من المشتري أو من المشتري من المشتري"

(١٠) "أيضاً" ليست في:ز.

(١١) "قبل" ليست في: أ.

الملك سابقٌ فيطالب البائع بالثمن، وعجيبٌ أن يترك في يده نتاجٌ حصل قبل البينة، وبعد الشراء، ثم هو يرجع على البائع، ولكن أطلق الأصحاب الكلام كذلك، فلا يبعُدُ أن يقال: لايرجع إلا إذا ادعى ملكاً سابقاً[١] على شرائه).

[الفرع الثاني: في بينة المدعي هل توجب ثبوت الملك له]

[قال الرافعي]: بينة المدعي لاتوجب ثبوت الملك له، ولكنها تظهره، فيجب أن يكون الملك سابقاً على إقامتها.

لكن لايشترط السبق بزمان طويل، بل يكفي لصدق الشهود السبق[٢] بلحظةٍ لطيفة، فلا يقدر مالا ضرورة إليه حتى لو أقام البينة على ملك دابةٌ، أو شجرة،/ لم ٥٨٢/ز يستحق النتاج، والثمرة، الحاصلتين[٣] قبل إقامة البينة.

والثمرة الظاهرة عند إقامة البينة تبقى للمدعى عليه وفي الحمل الموجود عندها وجهان.

أظهرهما: أن المدعي يستحقهُ، ويكون تبعاً للأم كما في العقود.

والثاني: المنع لجواز[٤] أن يكون الحمل لغير مالك الأم، بسبب وصيةٍ بالحمل. وقضية هذاالأصل أن يقال: من اشترى شيئاً، فادعاه[٥] مدعٍ، وأخذه[٦] بحجة مطلقة، لم يكن له أن يرجع على بائعه بالثمن لجواز أن يكون الملك منتقلاً من المشتري إلى المدعي فتكون المبايعة صحيحة مصادفة محلها، لكن المشهور في المذهب[٧]: ثبوت الرجوع إذا انتزع المال منه بالحجة المطلقة، بل لو باع المشتري، أو وهب، وانتزع من[٨] المتهب، أو المشتري منه، كان للمشتري الأول الرجوع أيضاً، وسببه مسيس الحاجة إليه في عهدة

(١) في: ز "ادعى أن ملكه سابق".
(٢) "السبق" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) في: ز "الحاصلتين".
(٤) في: أ ، ب "يجوز".
(٥) في: ز "فاشتراه".
(٦) في: أ، ب، ظ "فأخذ".
(٧) انظر: الروضة ١٢/٦٤، ومغني المحتاج ٤/٤٨٤.
(٨) "من" ليست في: أ.

العقود، وأيضاً فإن الأصل: أن لا معاملة بين المشتري والمدعي، ولا انتقال منه، فيستند الملك المشهود به إلى ما قبل الشراء.

وعن القاضي الحسين: إبداء وجه: أنه لارجوع إلا إذا كان المدعى ملكاً سابقاً وفاءً بالأصل المذكور، وحمل ما أطلقه[1] الأصحاب: عليه.

وذكر القاضي أبوسعد الهروي: أن الفقيه أبا نصر البلخي[2] من أصحاب الرأي: حكى عن أصحابنا: أن قيام البينة تقتضي سبق الملك حتى يكون النتاج للمدعي، ولما كان الجمع بين إبقاء النتاج في ملكه، وبين تمكينه من الرجوع بالثمن بعيداً تأباه الطباع[3]، وقع[4] تارة بأن قيل: لارجوع، وأخرى بأن قيل: لايبقى[5] النتاج[6] له.

وليُعلَم لهذا الوجه: قوله في الكتاب: "فنتاجها قبل الإقامة للمدعى عليه"[7]. وكذلك قوله "والثمرة البادية على الشجرة أيضاً" كذلك[8] بالواو. قوله: "ويحمل مطلقه إذا لم يدع على المشتري إزالة ملكه عنه، على أن الملك سابق" أشار به إلى أن ظاهر المذهب ثبوت الرجوع، سواءً قيد الملك المدعى بما قبل الشراء، أو أطلق الدعوى، وإنما يمتنع الرجوع إذا ادعى على المشتري، بأنه نقل الملك إليه، وأقام البينة، كذلك، وعلى الوجه الآخر: إنما يثبت الرجوع إذا ادعى ملكاً سابقاً على الشراء، وأقام البينة عليه.

وقوله: "وعجيبٌ[9] أن يُتْرَك في يده نتاجٌ حصل قبل البينة، وبعد الشراء، ثم هو يرجع على البائع". أراد الاستبعاد الذي بيناه.

---

(١) في: ز "ما أطلق".
(٢) هو: أبو نصر البلخي. من علماء الحنفية. كما قال الرافعي رحمه الله.
(٣) في: ز "يأباه الطبع".
(٤) في: أ، ب "رفع".
(٥) "لايبقى" ليست في: ظ.
(٦) في: ز "ونتاجها".
(٧) في: ب "بالواو".
(٨) في: أ، ب "بذلك".
(٩) في: أ "عجبت".

وقد[1] حُكِيَ عن القاضي الحسين: أنه أكثر البحث عنه، وأنه قال: لم أجد عند أحدٍ من الجواب مايستحق أن يُحكى، إلا أني سألت عنه فقيهاً من أصحاب أبي حنيفة. فقال: إنما يثبت الرجوع، لأن البائع بالبيع، كأنه ضمن سلامة المبيع للمشتري[2]، وإذا لم يُسلم وأخذ منه كان له أن يرجع بحكم الضمان الذي تضمنه البيع.

وقوله "فلا يبعد أن يقال: لايرجع إلا إذا ادعى ملكاً سابقاً على شرائه"

ذكر هذا الكلام ذِكرَ من هو مبتدئٌ بالشيء، لكنه قد حكاه في "الوسيط" عن القاضي الحسين، وكذلك الإمام وغيرهما.

فرع: المشتري من المشتري إذا استحق المال في يده، انتزع منه، ولم يظفر ببائعه، هل له أن يطالب الأول بالثمن؟ في فتاوى القاضي الحسين أنه لايطالبه، ويشبه ذلك من مات، وعليه دينٌ، وادعى وارثه دينا له على غيره، وأنكر المدعى عليه، ونكل الوارث، هل يحلف الغريم؟.

قال [الغزالي]: الفرع الثالث[3]: إذا ادعى ملكاً مطلقاً[4] فذكر الشاهد الملك، وسببه لم يضر، ولكن لو أراد الترجيح بالسبب، وجب إعادة البينة بعد للسبب. ولو ذكر الشاهد سبباً آخر سوى ماذكره المدعي تناقضت الشهادة والدعوى، فلا[5] تسمع على أصل الملك).

[فصل: فيما إذا ادعى ملكاً مطلقاً وشهد الشهود به]

[قال الرافعي]: إذا ادعى ملكاً مطلقاً، فشهد الشهود بالملك، وذكروا سببه، لم يضر، بخلاف ما إذا ادعى ألفاً، فشهد الشهود بألفين، حيث تُردُّ شهادتهم في الزيادة على الألف، وفي الألف اختلاف مذكور في باب الإقرار[6].

---

(١) "قد" ليست في: ظ.

(٢) "للمشتري" ليست في: ظ.

(٣) "الفرع" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: ظ "سابقاً".

(٥) في: ظ "ولا".

(٦) انظر: الوجيز ١٩٧/١، والعزيز ٢٩٩/٥، والروضة ٣٧٥/٤.

والفرق: أن ذكر سبب الملك تابع للملك، وليس سبباً مقصوداً في نفسه بخلاف الألف مع الألف، فلو أراد المدعي تقديم بينته بذكر السبب، بناءً على أن ذكر السبب يقتضي الترجيح، ولم يكف للترجيح تعرضهم للسبب أولاً، لوقوعه قبل الدعوى والاستشهاد، بل يدعي الملك وسببه، وهم يعيدون الشهادة، فحينئذ ترجح بينته.

وفيه وجهٌ[1]: أنه لاحاجة إلى إعادة البينة، ويكفي[2] أن[3] تكون الشهادة على ماهو المقصود، واقعة بعد الدعوى، والاستشهاد.

ولو ادعى الملك، وذكر[4] سببهُ، وشهد الشهود بالملك، ولم يذكروا السبب، قبلت شهادتهم، لأنهم شهدوا بالمقصود. ولا تناقض.

ولو ادعى الملك، وسببه، وذكر الشهود سبباً، سوى ماذكره.

فالوجه الصحيح إبطال شهادتهم، لما بينها، وبين الدعوى من التناقض.

وقيل: تقبل شهادتهم على أصل الملك، ويلغو ذكر السبب[5].

ولو شهد شاهد بألفٍ عن ثمن متاع، وشهد بألف عن قرض، والدعوى مطلقةٌ، فقد ذكرنا في الإقرار[6]؛ أنه لايثبت بشهادتهما شئٌ.

وقياس الوجه الثاني على ضعفه ثبوت الألف[7].

[دار في يد إنسان يملكها ادعى ملكيتها آخر]

فرع: دارٌ في يد إنسان، وقد حكم له حاكم بملكيتها فجاء خارج، وادعى انتقال الملك منه إليه[8]، وشهد الشهود على انتقاله إليه بسبب صحيح، ولم يبينوه[9].

---

(١) في: أ "آخر".
(٢) في: ز "ويكتفي".
(٣) "أن" ليست في: ز.
(٤) "ذكر" ليست في: ب.
(٥) في: ب "السهو والسبب".
(٦) انظر: الوجيز ١٩٧/١، والعزيز ١٩٩/٥.
(٧) انظر: بهامش العزيز ١٤٨/١٣.
(٨) في: ز "إليه منه".
(٩) في: أ "ولم يبينونه".

قال القاضي أبوسعد الهروي[1]: وقعت هذه المسألة فأفتى فقهاء "همذان" بسماع هذه البينة، والحكم بها للخارج، كما لو عينوا السبب.

ورأيت في فتاوى الماوردي، والقاضي أبي الطيب بخطهما كذلك، قال: وميلي إلى أنها لاتسمع ما لم يبينوا، وهو طريقة القفال، وغيره، لأن أسباب الانتقال[2] مختلف فيها بين أهل العلم، فصار كالشهادة. على أن فلاناً وارث فلان[3]، لا تقبل ما لم يبينوا جهة الإرث/. ٥٨٣/ز

هذا تمام الكلام في تعارض البينة في الأملاك المطلقة. والله أعلم بالصواب.

---

(١) "الهروي" ليست في: أ، ز، ظ.

(٢) في: ز "الملك".

(٣) "فلان" ليست في: أ، ب، ظ.

(قال [الغزالي]: الطرف الثاني في العقود، وفيه مسائل: الأولى: إذا قال: أكريتك البيت بعشرة، وقال المكتري بل[١] اكتريت الدار بالعشرة، وأقام كل واحد بينةً[٢]، فالأصح: أن لا ترجيح، لأن هذه زيادة في المشهود به، وكذلك[٣] لو ادعى أحدهما الكراء[٤] عشرة، والآخر عشرين، فيتعارضان ولا يجري إلا قول[٥] التهاتر، أو القرعة[٦]. أما القسمة فلا يُمكن، إذ الزيادة يدعيها أحدهما، وينفيها الآخر، ولا يثبتها لنفسه[٧]، وقول الوقف لايمكن إذا تفوت[٨] المنافع).

[فصل المسألة الأولى: في اختلاف المتكاريين في المعقود عليه]

[قال الرافعي] إذا قال المكري: أكريتك هذا البيت من الدار شهر كذا بعشرةٍ، وقال المكتري: بل اكتريت[٩] جميع الدار بالعشرة، فهذا اختلاف بين المتكاريين[١٠] في قدر المكري، فإن لم يكن لواحد منهما بينةٌ، فيتحالفان ثم يفسخ العقد على ما تبين[١١] في "باب التحالف"[١٢] وعلى المكتري أجرة مثل ماسكن من الدار، أو البيت.

وإن أقام أحدهما البينة على مايقوله دون الآخر، قضي له[١٣] بالبينة المقامة، وإن أقام كل واحدٍ منهما البينة فقولان، ويقال:

وجهان، لأن الأول منهما من تخريج ابن سريج.

---

(١) "بل" ليست في: ظ.
(٢) في: أ، ب "البينة".
(٣) في: ظ "وكذا".
(٤) في: ظ "الكرى بعشرة" وفي ب: "بعشرة والآخر بعشرين".
(٥) في: أ ، ظ "أقوال". وفي: ز "الأقوال".
(٦) في: ز ، ظ "والقرعة".
(٧) "أما القسمة ... لنفسه" ليست في: ب.
(٨) في: ظ "إذ لاتفوت".
(٩) في: ظ "المكترى اكتريت".
(١٠) في: ب "المكارين".
(١١) في: أ "بيّنا". وفي: ظ "ماسبق".
(١٢) انظر: الوجيز ١٥٢/١ والعزيز ٣٧٥/٤ و ٤٧٦.
(١٣) "له" ليست في: ب، ز، ظ.

أحدهما: ويحكى عن أبي حنيفة: أن بينة المكتري أولى، لاشتمالها على زيادةٍ، وهي اكتراءٌ جميع الدار، واستشهد لذلك بما لو شهدت بينة بألف وبينه بألفين، ثبت الألفان[1].

وأصحهما: وهو المنصوص[2]: أن البينتين متعارضتان، والزيادة المرجحة هي المشعرة بمزيد علم، ووضح حالٍ في أحد جانبي مافيه التنافي كاستناد إلى سبب، وسبق تاريخ[3]، وانتقال عن استصحاب أصل: فالزيادة فيما نحن فيه ليست كذلك، وإنما هي زيادة في المشهود به. وتفارق بينة الألف، وبينة الألفين، فإنهما لايتنافيان، لأن التي تشهد بالألف، لاتنفي الألفين[4]، وهاهنا العقد واحد وكل كيفية تنافي الكيفية الأخرى، فيثبت التعارض.

فعلى هذا تُخرج المسألة على القولين في التعارض، فإن قلنا: بالتهاتر، سقطت[5] البينتان، ورجعنا إلى التحالف، وإن قلنا: بالاستعمال، فيجيء قول القرعة، وفي الحلف معها مامر في موضعه. وعن أبي الطيب ابن سلمة: أنه لايقرع، لأن القرعة إنما يصار إليها عند تساوي الجانبين، ولا تساوي، بل جانب المكري، أقوى لملك الرقبة.

وأما قولا القسمة، والوقف، فالمشهور أنهما لايجيان[6]. أما القسمة فلوجهين:

أحدهما: أن النزاع[7] هاهنا في العقد، والعقد لايتصور أن يُقسم[8] بخلاف الملك.

والثاني: وهو المذكور في الكتاب[9]: أن القسمة إنما تجري إذا ادعى كل واحد

---

(١) انظر: الهداية ٣/٧١.

(٢) انظر: المختصر ص ٣١٤، الروضة ١٢/٦٧، ومغني المحتاج ٤/٤٨٥.

(٣) "تاريخ" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) "فإنهما ... لاتنفي الألفين" ليست في: ظ.

(٥) في: أ "سقط".

(٦) في: أ "لايجيبان".

(٧) في: ظ "التنازع".

(٨) في: أ "تنقسم".

(٩) انظر: الوجيز ٢/٢٧٠.

منهما الشيء لنفسه، وهاهنا الزيادة يدعيها[١] أحدهما، وينفيها الآخر، ولا يثبتها لنفسه.

وأما الوقف: فلوجهين أيضاً:

أحدهما: وهو الذي ذكره أكثرهم: أن العقود لاتوقف على أصلنا، والنزاع[٢] هاهنا في العقد.

والثاني: وهو المذكور في الكتاب أن المنافع تفوتُ في مدة الوقف[٣]، وفي هذه التوجيهات تردد.

أما الوجه الأول في القسمة، فالعقد غير مقصود في نفسه، وإنما المقصود المعقود عليه، فجاز أن ترد القسمة على مافيه التنازع من المعقود عليه، كما لو تنازعا في ملكٍ، وذكر كلُ واحدٍ منهما: أنه اشتراه من فلانٍ وقت كذا، وأقاما بينتين.

وأما الثاني: فالقول بأن الزيادة ينفيها أحدهما، ولا يثبتها لنفسه، ممنوع[٤]، بل كل واحدٍ منهما يدعيها. هذا بحكم الإجارة، وهذا بحكم ملك الرقبة، وانحصار الإجارة في البيت[٥]، فلم لايكفي هذا القدر للقسمة؟.

وأما الوجه الأول في الوقف فإن الوقف الذي لانقول به: هو[٦] أن تتخلف[٧] بعض شروط العقد، فيحكم بانعقاده موقوفاً إلى أن يوجد ذلك الشرط، كإذن المالك في بيع الفضولي، وليس هذا الوقف كذلك، بل معنى الوقف هاهنا: أنا نتوقف ولا نمضي حكماً إلى أن يتكشف الحال، أو يصطلحا، ومثل هذا معهود في أصولنا.

وأما الثاني: فإنما تفوت المنافع لو عطلت، ويمكن أن يقال: إن الزيادة تؤجر[٨]

---

(١) "ادعى" ليست في: ظ.

(٢) في: أ "فالنزاع".

(٣) في: أ، ظ "التوقف".

(٤) في: أ "فممنوع".

(٥) في: ظ "البيع".

(٦) في: أ، ب، ظ "وهو".

(٧) في: ط "تختلف".

(٨) في: أ "توخر".

وتوقف الأجرة إلى الانكشاف، والإصطلاح. وربما تولد[١] من هذه الإشكالات، قولٌ نقله الموفق ابن طاهر عن رواية الماسرخسي أنه تجري[٢] القسمة في الملك، والوقف في الأجرة.

[فصل: في اختلاف المتكاريين في الأجرة]

وإن اختلف المتكاريان فالزيادة[٣] في جانب المكري. بأن قال: أكريتك كذا بعشرين، وقال المكتري: بل أكريته[٤]، بعشرة فقول التعارض بحاله.

وعلى المحكي عن ابن سريج: بينة المكري[٥] راجحةٌ للزيادة.

[فصل: اختلاف البينتين في غير التاريخ]

ويطرد ماذكروه فيما إذا اختلف المتبايعان، وأقام كل واحدٍ منهما بينة، وفي إحداهما[٦] زيادة.

ولو وجدت الزيادة في كل واحد من الجانبين، بأن قال المكري: أكريتك هذا البيت بعشرين، وقال المكتري: بل جميع الدار بعشرة، فلابن سريج، رأيان:

أحدهما: الرجوع إلى التعارض لتقابل الزيادتين.

وأضعفهما: أنه يؤخذ بالزيادة من الجانبين، فتجعل جميع الدار مُكرى بالعشرين، وهذا خلاف قول المتداعيين، والشهود جميعاً.

[فصل: في اختلاف البينتين وتاريخهما مختلف]

ثم قال العراقيون، والقاضي الروياني وغيرهم: هذا كله فيما إذا كانت البينتان مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحدٍ، أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة فأما إذا

---

(١) في: ط "يتولد".
(٢) في: ب "تجور".
(٣) في: أ "والزيادة".
(٤) في: أ "أكتريته".
(٥) في: ظ "المدعي".
(٦) في: ظ "أحدهما".

كانتا[١] مؤرختين[٢] بتاريخين مختلفين بأن أقام أحد المتكاريين بينة على أن كذا مكرى سنة من أول رمضان[٣]، وأقام آخر بينة على أن كذا مكرى سنة[٤] من أول شوال فأيتهما[٥] تقدم؟ حكى القاضي أبوسعد/ فيه قولين: أحدهما: وهو جواب العراقين، ٥٨٤/ز والروياني[٦]: أن التي هي أسبق تاريخاً أولى، لأن السابق من العقدين صحيح لامحالة، فإنه إن سبق العقد على الدار صح، ولغا العقد الوارد[٧] على البيت بعده.

وإن سبق العقد على البيت صح، والعقد الوارد على الدار بعده، يبطل في البيت، ويُخرج في باقي الدار على الخلاف في تفريق الصفقة فترجح[٨] الأولى بذلك.

والثاني: أن البينة الأخرى أولى، وقد يوجه: بأن العقد الثاني سابقٌ[٩] للأول، وربما تخللتها[١٠] إقالةٌ، وعن صاحب "التقريب" وغيره: أن موضع هذين القولين ما إذا لم يتفقا على أنه لم يجر[١١] إلا عقدٌ واحدٌ. فإن اتفقا عليه فالبينتان متعارضتان أيضاً.

ولك أن تقول وجب أن يقال: موضع التعارض في البينتين المطلقتين وفي اللتين[١٢] إحداهما: مطلقة، والأخرى مؤرخة أيضاً - ما إذا اتفقا على أنه لم يجر[١٣] إلا عقدٌ واحد، فإن[١٤] لم يتفقا عليه، فلا تنافي بين البينتين، لجواز أن يكون تاريخ المطلقتين

---

(١) في: ز "كانا".
(٢) من "بتاريخ واحد ... مؤرختين" ليست في: "ظ".
(٣) في: ظ "شوال".
(٤) في: ز "سنتين".
(٥) في: أ "فأيتها".
(٦) في: ز "القاضي الروياني".
(٧) من "وإن سبق العقد ... الدار بعده" ليست في: ظ.
(٨) في: أ، ب، ظ "فرجح".
(٩) في: أ، ب، ظ "ناسخ".
(١٠) في: ظ "تخللتهما".
(١١) في: أ "لم يجز".
(١٢) في: ز، ظ "البينتين".
(١٣) في: أ "لم يجز".
(١٤) في: أ "وإن".

مختلفاً. وأن يكون تاريخ المطلقة غير تاريخ المؤرخة. وإذا لم يكن تنافٍ، ثبت اكتراء[١] الزيادة بالبينة الزائدة.

وقوله في الكتاب: "فالأصح أن لا ترجيح" مُعلمٌ بالحاء، لما سبق.

وقوله "وكذلك[٢] لو ادعى[٣] أحدهما الكراء عشرة ..." إلى آخره، يعني الأصح في هذه الصورة أيضاً، أنه[٤] لاترجيح، بل يتعارضان في الصورتين.

وقوله "أو القرعة" معلمٌ بالواو، لما ذكرنا عن ابن سلمة. وأيضاً فالذاهبون إلى القسمة، أو الوقف في صور التعارض، منهم من رجع إلى التساقط عند تعارضهما[٥] لا إلى القرعة. وقوله "أما القسمة فلا يمكن" وقوله "وقول الوقف لايمكن" معلمان بالواو، لرواية الماسرجسي رحمه الله - والله أعلم-.

(قال [الغزالي]: المسألة الثانية: إذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث، يزعم كل واحد أنه اشتراها[٦] منه، ووفر الثمن، فإن سبق تاريخ أحدهما قدم، وإلا جرت الأقوال الأربعة، لكن إذا لم يسلم لأحدهما شئٌ من الدار.

إما بقرعة، أو قسمة[٧]، رجع إلى الثمن إذا لا تضاد في اجتماع الثمنين[٨]. فلو قضينا[٩] بالقسمة، فلكل واحد منهما خيارُ الفسخ، فإذا فسخ أحدهما رجع إلى الثمن، وكان للآخر أخذ جميع الدار، وفي المسألة قولٌ خامس. أنه يستعمل البينة في فسخ العقدين لتعذر الإمضاء فيرجعان إلى الثمن).

---

(١) في: ب، ظ "أكثر".
(٢) في: أ "ولذلك".
(٣) في: ظ "إذا".
(٤) في: ز "أن".
(٥) في: أ، ب، ظ "تعذرهما".
(٦) في: أ، ب "اشتراه".
(٧) في: أ "بقسمة".
(٨) في: أ "البينتين".
(٩) في: أ "قضا".

[فصل المسألة الثانية: في اختلاف المتداعيين في شراء دار ثالث]

[قال الرافعي] دار في يد رجل جاء اثنان وادعى كل واحدٍ منهما: أني اشتريتها من صاحب اليد بكذا، ووفرت الثمن، وطالبه بتسليم الدار، فينظر: إن أقر لأحدهما سلمت الدار إليه، وهل للآخر تحليفه؟ قال الشيخ أبوالفرج: إن قلنا: إتلافُ[1] البائع كآفة سماوية، فليس له تحليفه، لأن قضية قوله: إن البيع قد انفسخ بتفويت البائع عليه. وإن قلنا: إنه كإتلاف الأجنبي، وأثبتنا الخيار فأجاز، وأراد أن يطلب من البائع قيمته، فيُبنى التحليف على الخلاف في أنه لو أقر الثاني بعد الإقرار الأول هل يغرم؟ وقد سبق نظيره، وتمتنع دعوى اليمين[2] على الآخر، فإنه كهلاك المبيع قبل القبض في زعمه، وإن أنكر ما ادعيا، ولا بينة، حلف لكل واحد منهما يميناً، وقررت[3] الدار في يده.

وإن أقام أحدهما بينة سلمت الدار إليه، وليس للآخر تحليفه لتغريم[4] العين، فإنه لم يفوتها عليه، إنما[5] أخذت بالبينة، وله دعوى الثمن.

وإن أقام كل واحدٍ بينة، نظرنا: فإن كانتا[6] بينتين[7] مؤرختين بتاريخين مختلفين قُضِي بأسبقهما تاريخاً، لأنه إذا باع من أحدهما لم يتمكن من البيع[8] الثاني، وإن لم يكونا كذلك، فإما أن يستمر[9] صاحب اليد على الإنكار، والتكذيب، أو يُصدق بعد قيام البينتين.

أحدهما: الحالة الأولى: إذا استمر على التكذيب، فالبينتان متعارضتان، فإن قلنا: بالتهاتر، سقطتا، وحلف[10] المدعى عليه لكل واحد منهما كما لو لم تكن بينة، وهل

---

(١) في: ب "إن إتلاف".
(٢) في: ب "الثمن".
(٣) في: أ "وقرت".
(٤) في: ظ "لتغرم".
(٥) في: ب، ظ "وإنما".
(٦) في: أ "كانوا". وفي ب: "كانا".
(٧) "بينتين" ليست في: أ، ظ.
(٨) في: ب، ظ "ومن الثاني"
(٩) في: ظ "يسمى".
(١٠) في: ظ "ويحلف".

لهما استرداد الثمن؟ فيه[١] وجهان منقولان في "الإبانة" أحدهما: لا، لحكمنا[٢] بسقوط البينتين. وأظهرهما: نعم، لأن بينة[٣] كل واحدٍ شهدت بتوفير الثمن، وإنما يسقطان فيما فيه[٤] التعارض، وهو رقية الدار دون الثمنين، وهذا إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع، فإن فرض التعرض له فلا رجوع بالثمن إذ العقد قد استقر بالقبض، وليس على البائع عهده مايحدث بعده.

وإن قلنا: بالاستعمال، فالأشهر أنه لايجيء[٥] قول الوقف بناء على أن النزاع في العقد والعقود لا توقف. والأوجه، وهو المذكور في الكتاب مجيئه، فإنا[٦] لانوقف نفس العقد، وإنما نتوقف[٧] نحن لينكشف الحال على مامر. وعلى هذا تنتزع الدار منه.

قال الإمام: وكذا الثمنان، ويوقف الكل. وإن قلنا: بالقرعة، فمن خرجت له تسلم إليه الدار بالثمن الذي سماه، والآخر يسترد الثمن الذي أداه، وإن قلنا: بالقسمة، فلكل واحدٍ منهما نصف الدار بنصف الثمن الذي سماه، ولكل واحد منهما خيار الفسخ، لأنه لم يسلم له جميع ما اشتراه، فإن فسخا جميعاً، استرد[٨] كل واحد منهما جميع الثمن المشهود به بناءً على الصحيح. وهو أن الإجارة بالقسط، لابجميع الثمن.

ويجوز أن يجيز أحدهما، ويفسخ الآخر، ويسترد جميع الثمن، ثم إن سبقت الإجارة الفسخ، رجع المجيز بنصف الثمن، ولم يكن[٩] له أن يأخذ النصف المردود، ويضمه إلى ما عنده، لأنه حين أجاز، رضي بالنصف. وإن سبق الفسخ الإجازة فهل للمجيز أخذ الجميع؟.

---

(١) "فيه" ليست في: ظ.

(٢) في: أ "كحمنا".

(٣) "بينة" ليست في: ظ.

(٤) في: أ "ويجيء فيه".

(٥) في: أ "يجيء" وهو خطأ.

(٦) في: أ، ب، ظ "لأنا".

(٧) في: أ "نوقف".

(٨) في: أ "استر".

(٩) في: أ "وإن لم".

فيه وجهان /أحدهما: لا، لأنا[١] نتكلم على قول القسمة، فلا نأخذ كل واحد ٥٨٥/ز
إلا ما تقتضيه القسمة، والمردود يعود إلى البائع.

وأظهرهما: وبه أجاب العراقيون: له ذلك، لأن بينته قد قامت على الكل، وإنما لم يأخذ الكل لمزاحمةِ الآخر، فإذا انقطعت زحمته أخذ، وليس كالصورة السابقة، فإنه قنع هناك بالنصف، وانفصل أمره.

وبالقول الآخر، وهو القسمة، أجاب الشافعي - رضي الله عنه - في هذه المسألة وروى الربيع قولاً آخر في المسألة: وهو أن البيعين مفسوخان، ويرجع إلى قول المدعى عليه، فيقضي بموجب قوله وامتنع جماعة من الأصحاب من إثباته قولاً للشافعي - رضي الله عنه - منهم من خطأه، ومنهم من قال: هو من كيسه، وتخريجه.

الحالة الثانية: إذا صدق صاحب اليد أحد المتداعيين، وشهوده، فعلى قول التهاتر تسلم الدار إلى المصدق، وهو كما لو لم تكن بينة، وأقرَّ لأحدهما.

وإن قلنا: بالاستعمال، فوجهان - قال ابن سريج: يقدم من صدقه البائع، لأن الدار في يده فمن صدقه فكأنه[٢] نقل إليه يده، فتجتمع البينة، واليد. والأصح: المنع، لاتفاق البينتين على إسقاط يده، وانتزاع المال منه باتفاق الأقوال.

واليد المزالة لا تقتضي ترجيحاً. فعلى هذا الحكم كما لو لم يصدق واحدٌ منهما وقد بيناه، ثم اعرف[٣] هاهنا[٤] شيئين:

أحدهما: أن الأصحاب: لم يفرقوا فيما إذا لم تكن البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين، وبين أن تكونا مطلقتين، أو مؤرختين بتاريخ واحدٍ، أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، بل صرحوا بالتسوية، إلا أن "أبا الفرج الزاز" استدرك، فقال: هذا إذا لم تقدم البينة المؤرخة على المطلقة، فإن قدمناها قضينا لصاحب البينة المؤرخة ولا تجيء

---

(١) في: أ "لاتتكلم".
(٢) في: أ، ب، ظ "كأنه".
(٣) في: أ "اعترف".
(٤) "هاهنا" ليست في: أ، ب، ظ.

الأقوال[١].

والثاني: خصصوا الوجهين في أن تصديق صاحب اليد، هل يقتضي الترجيح؟ بما إذا فرعنا على قول استعمال البينتين، فأما على قول التهاتر، فلم يفرقوا بين أن يصدق، وبين أن لا[٢] يصدق، كما حكيناه[٣]، لكن قياسُ جعل التصديق مرجحاً، أن يقال: يترجح جانب من صَدَّقه، وليست حالة التصديق موضع خلاف التهاتر، والاستعمال كاليد[٤]، وسائر مايوجب الترجيح.

وَلْنَعُدْ إلى لفظ[٥] الكتاب قوله "إذا ادعى رجلان داراً" إلى آخره.

ليس في التصوير ذكر إقامة كل واحد منهما البينة على ما ادعاه، ولابد من تقديره، وقوله "وإلا جرت الأقوال الأربعة" يريد بها التساقط، والوقف، والقرعة، والقسمة. وليعلم بالواو، لما حكيناه في الوقف. وأيضاً فعن الشيخ أبي محمد: أن قول القرعة لايجري إلا إذا تحققنا صدق أحدهما، وكذب الآخر، بأن أرخنا بتاريخ واحدٍ، فأما إذا احتمل أن يكونا صادقين فأن[٦] أطلقا، أو أطلق أحدهما، وأرخ الآخر، فإنه لايجري، وأيضاً فقد ذكرنا في أول ركن البينة طرفاً في موضع الأقوال، منها ماينفي اجتماع الأقوال الأربعة، هاهنا.

وقوله: "فإذا فسخ أحدهما رجع إلى الثمن، وكان للآخر[٧] أخذ جميع الدار المراد منه ما إذا تقدم الفسخ. وقوله "أخذ جميع الدار" معلم بالواو، للوجه[٨] الذي ذكرناه.

---

(١) ورد بهامش (٢) بالعزيز ٢٥٥/١٣ "وقد نازع بعضهم في هذا الاستدراك من جهة أن القول بتقديم المؤرخة على المطلقة علته أن الاطلاق في الوقت والملك ونحوهما".

(٢) في: أ، ب، ظ "أوْ لا".

(٣) في: أ، ب، ظ "حكينا".

(٤) "كاليد" ليست في: ظ.

(٥) في: أ "ما يتعلق".

(٦) في: ز "يأن"

(٧) في: أ، ب، ظ "الآخر".

(٨) في: ز "للوجه الآخر".

وقوله: "في المسألة قول خامس" معلم بالواو، ولما عرفت أن من الأصحاب، من لم يثبته، ولفظ الكتاب في حكاية هذا القول مصرح، بفسخ العقدين، لكن الأثبت من رواية هذا القول بطلان العقدين، لا إنشاء الفسخ.

قال الفارسي(١) في "عيون المسائل": قال: الربيع في موضع آخر: إن البيع فاسدٌ وهو أولى. فأطلق لفظ الفساد، وهو الذي أراد من نقله أنه مفسوخ.

والشافعي - رضي الله عنه - كثيراً مايطلق لفظ المفسوخ، ويريد به الباطل.

فرع: عن الشيخ أبي عاصم(٢): أنه لو تعرضت إحدى البينتين لكون الدار ملكاً للبائع، أو لكونها ملكاً للمشتري اليوم، كانت مقدمةً، وإن لم يذكرا تاريخاً، وأنه لو كانت إحدى البينتين ذِكْرُ نقد الثمن دون الأخرى، كانت مقدمة على الأخرى، سواءً كانت سابقة أو مسبوقة(٣)، لأن التي تتعرض لنقد الثمن توجب التسليم، والأخرى لا توجبُهُ لبقاء حق الحبس للبائع، فلا تكفي المطالبةُ بالتسليم.

فرع: دار في يد إنسانٍ جاء اثنان يدعيانها، قال أحدهما: اشتريتها من زيد، وهو يملكها. وقال الآخر: اشتريتها من عمرو، وهو يملكها، أو(٤) نسبا الشراء إلى شخص واحدٍ، وأقام كل واحدٍ بينة على ما يقوله(٥) فهما متعارضتان، فإن قلنا: بالتساقط، فكأنه لا بينة، ويحلف صاحب اليد، لكل واحدٍ منهما(٦) يميناً، وإن قلنا: بالاستعمال، ففي مجيء قول الوقف الخلاف الذي سبق، ويجيء قولا القرعة(٧)، والقسمة والتفريع: كما سبق إلا

---

(١) هو أبوبكر أحمد بن الحسين بن سهل الفارسي: وهو صاحب "عيون المسائل" في نصوص الشافعي وغيره تفقه على ابن سريج ومات حدود سنة خمسين وثلاثمائة. وفي كشف الظنون ٢/١١٨٨ سنة (٣٠٥)هـ انظر ترجمته: تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٩٥، وطبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٧٥ - ٧٦.

(٢) في: أ "البغدادي".

(٣) "وهذا جزم به الماوردي أيضاً فقال: وإن كانت الشهادة تملكه من إحدى البينتين حكم بالبيع لمن شهدت بينته بالبيع والملك تعارضتا" بهامش العزيز ١٣/٢٥٦.

(٤) في: أ "و".

(٥) في: ظ "يدعيه".

(٦) "منهما" ليست في: ب، ز، ظ.

(٧) في: ز "القسم والقرعة".

أن على قول القسمة إذا اختارها أحدهما، فسخ العقد، والآخر إجازته، لم يكن للمجيز أخذ النصف الآخر، تقدم الفسخ أو تقدمت الإجازة، إذا ادعيا الشراء من شخصين، لأن المردود يعود إلى غير من يدعي المجيزُ الشراء منه، فكيف يأخذه. وحيث قلنا: بثبوت الخيار على قول القسمة، فذلك[١] إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع، ولا اعترف به المدعي وإلا فإذا جرى القبض استقر العقد، وما يحدث بعده، فليس على البائع عهدته[٢]، وإنما شرطنا في صورة الفرع[٣] أن يقول كل واحدٍ منهما[٤] وهو يملكها، لأن من ادعى مالاً في يد إنسان، وقال: اشتريته من فلان لم تسمع دعواه حتى يقول وهو يملكه، ويقوم مقامه، أن يقول: وتسلمتُهُ منه، أو سلَّمه إليَّ، لأن الظاهر/ أنه إنما يتصرف بالتسليم فيما يملك. وفي دعوى الشراء من صاحب اليد لايحتاج أن يقول: وأنت تملكه، ويكتفي بأن اليد تدل على الملك[٥]، ولذلك يشترط أن يقول الشاهد في الشهادة اشتراه من فلان، ٥٨٦/ز
وهو يملكه، أو اشتراه وتسلمه منه، أو سلمه هو إليه. قال الإمام: ويجوز أن يقيم شهوداً على أنه اشتراه[٦] من فلان، وآخرين على أن فلاناً كان يملكه، إلى أن باع منه، لكن الآخرين إن شهدوا هكذا، فقد شهدوا على البيع والملك. فكان[٧] المراد ما إذا أقام شهوداً على أنه اشترى منه وقت كذا، وآخرين على أنه كان يملكُ إلى وقت كذا. وإذا أقام أحد المتداعيين[٨] بينة أنه اشترى الدار من فلان، وكان يملكها، وأقام الآخر البينة على أنَّه اشتراها من مقيم البينة الأولى[٩]. يُحْكَمُ ببينة الثاني، ولا يحتاج أن يقول لمقيم

---

(١) في: ظ "وكذلك".

(٢) في: أ "عهدة". "وصور في البيان المسألة بما إذا ادعى أحدهما أنه نقد الثمن و لم يسلم الدار إليه والآخر نقد الثمن و لم يسلمها". العزيز ٢٥٧/١٣. هامش

(٣) في: ز "النزاع".

(٤) "منهما" ليست في: ز.

(٥) "هذا الذي حزم به، هو المشهور، وقال البغوي في فتاويه: إنه ظاهر النص، فلو قال: اشتراه من فلان، لم يسمع قال: ويحتمل ألا تشترط هذه اللفظة، لأنه قد يشتريه من فلان شراء صحيحاً، ولا يكون البائع مالكاً له بل وكيلاً بالبيع". انظر هامش٣ العزيز ٢٥٧/١٣.

(٦) في: أ، ب "اشترى".

(٧) في: أ، ب، ظ "وكان".

(٨) في: ز "المدعيين".

(٩) في: ز ، ظ "الأول".

البينة، وأنت تملكها، كما لايحتاج أن يقوله لصاحب اليد، لأن البينة تدل على الملك، كما أنَّ اليد تدل عليه. وا لله أعلم.

(قال [الغزالي]: الثالثة: أن يدعي كل واحدٍ عليه ألفاً من ثمن دار في يده، فالصحيح أن لا تعارض[١]، ويثبت لكل واحدٍ ألفٌ في ذمته، إلا إذا عينا وقتاً يستحيل فيه تقدير عقدين متعاقبين).

[فصل المسألة الثالثة: في اختلاف المتداعيين في بيع دار من ثالث]

[قال الرافعي]: هذه المسألة عكس[٢] الثانية هناك. ادعى اثنان شراء ما في يده منه[٣]، وكلٌ يطالبه[٤] به. وهاهنا ادعى اثنان بيع[٥] ما في يده منه، وكلٌ يطالبه بالثمن وصورتها[٦]:

دارٌ في يد إنسان جاء اثنان، وقال كل واحدٌ منهما بعت منك هذه الدار، وكانت ملكي بكذا، فأدِّ الثمن. فإن أقر لهما طولب بالثمنين.

وإن أقر لأحدهما طولب بالثمن الذي سماه، وحلف للآخر[٧]. وإن أنكر ما ادعياه، ولا بينة حلف لهما يمينين.

وإن أقام أحدهما البينة قضي له، وحلف للآخر.

وإن أقام كل واحدٍ منهما البينة فينظر: إن أرختا بتاريخين مختلفين، فعليه الثمنان، لإمكان اجتماعهما.

---

(١) في: أ "يتعارض".

(٢) في: أ "ضد".

(٣) "منه" ليست في: ظ.

(٤) في: أ، ب "يطالب".

(٥) في: ظ "الشراء".

(٦) "ماجزم به من أنه يحلف للآخر فيما إذا أقر لأحدهما لا خلاف فيه في المذهب. وذلك لأنه لم يتعلق بما أقر له به حق لغيره ومقتضى ذلك أنه لو كان الثمن الذي يدعيانه معيناً أنه لايقطع التحليف، وهو كذلك، والقياس فيه أن يجيء فيه ماتقدم فيما إذا قال كل واحد منهما اشتريتها من صاحب اليد وسلمت إليه الثمن" ورد هذا بهامش العزيز ١٣/٢٥٩، وانظر: الروضة ١٢/٧٢.

(٧) في: أ، ب، ظ "كذلك".

وإن أرختا بتاريخ واحدٍ، بأن عينا أول الطلوع، أو الزوال، فهما متعارضتان لامتناع كون الشيء الواحد ملكاً في وقت واحدٍ لهذا وحده، ولهذا وحده فعلى قول التهاتر، كأنه لا بينة.

وعلى قول القرعة، يُقْرَعُ، فمن خرجت له القرعة قضي له بالثمن الذي شهد به شهوده، وللآخر تحليفه، لا محالة، لأنه لو اعترف به بعد ذلك لزمه.

وعلى قول[1] القسمة لكل واحد منهما نصف الثمن الذي سماه وكأن الدار كانت لهما فباعاها[2] بثمنين مختلفين، أو متفقين[3]، وفي مجيء قول الوقف الخلاف[4] السابق. والظاهر مجيئه.

وإن كانت البينتان مطلقتين أو إحداهما مطلقة، والآخرى مؤرخة، فوجهان:

أصحهما: عند صاحب الكتاب والإمام أنهما كالمؤرختين بتاريخين مختلفين ويلزمه الثمنان، لأن التنافي غير معلوم، والعمل بكل واحدٍ من البينتين ممكن.

والثاني[5] أنهما كالمؤرختين بتاريخ واحدٍ، لأنهما ربما شهدتا على البيع في وقت واحد، والأصل براءة ذمة المشتري، فلا يؤاخذ إلا باليقين.

قال القاضي[6] ابن كج وبهذا قال القاضي أبوحامد، وأبوالحسين، وغيرهما: ووجهه أيضاً: بأن المدعيين متفقان على أنه لم يجز إلا بيعة واحدة، وكل منهما يقول: أنا صاحبها، فعلى هذا يعود خلاف التعارض.

وحكى الشيخ أبوحاتم القزويني طريقة أخرى قاطعة بالوجه الأول، وذكر هو، وأبو الفياض: أن من الأصحاب من قال: إن شهدت البينتان على الإقباض مع البيع، وجب الثمنان لامحالة.

---

(١) "قول" ليست في: ز، ظ.
(٢) في: أ، ب، ظ "فباعاه".
(٣) "أو متفقين" ليست في: أ. وفي ز "متفقين أو مختلفين".
(٤) في: أ "خلاف".
(٥) "أنهما كالمؤرختين .... والثاني" ليست في: ط.
(٦) "قال القاضي ابن كج وبهذا" ليست في: أ، ب، ظ.

ولو قامت البينتان على إقرار المدعى عليه، بما ادعيا، فالأظهر: أن الحكم كما لو قامتا على البعتين[١] نفسهما، فينظر: أقامتا على الإقرار مطلقاً، أو على الإقرار بالشراء من زيد في وقتٍ، ومن عمرو كذلك، وقيل: يجب الثمنان، وإن كانت الشهادة على الإقرارين مطلقاً، بخلاف الشهادة على البيعتين[٢] مطلقاً، لأن الشهادة على الإقرار، قد يثبت بها مالا يثبت بالشهادة على نفس المقر به[٣]، ألا ترى أنه لو قامت بينة على إقراره بالغصب من زيد، وأخرى على إقراره بالغصب من عمرو، يلزمه قيمتان؟.

ولو قامتا على نفس الغصب من زيد، والغصب من عمرو[٤] وكانتا متعارضتين، فإذا استعملناهما، لم يجب إلا قيمة واحدة.

وقوله في الكتاب "فالصحيح: أن لا تعارض..." إلى قوله: "يستحيل فيه تقدير عقدين متعاقبين". أشار به إلى[٥] أن التعاقب الملزم لثمنين[٦]، يفتقر إلى زمان يفرض فيه العقد الأول، ثم الانتقال من المشتري إلى البائع الثاني، ثم العقد الثاني، فإذا عيَّن الشهود وقتاً لا يتأتى فيه ذلك. لم يتصور لزوم الثمنين، وحصل[٧] التنافي، وفيما عدا ذلك حُكِمَ بلزوم الثمنين.

ويدخل فيه ما إذا أُرختا بتاريخين، ولا خلاف في لزوم الثمنين فيه[٨]، وما إذا أطلقت إحداهما[٩] وأرخت الأخرى، وفيه الخلاف الذي سبق.

قال الإمام: ولو شهد شاهدان على أنه باع من فلان ساعة[١٠] كذا، وشهد

---

(١) في: ب، ظ "البيعين".
(٢) في: ب، ز "البيعين".
(٣) في: ظ "القيمة".
(٤) "ويلزمه قيمتان ... من عمرو" ليست في: ظ.
(٥) في: أ، ب "إليه".
(٦) في: ب "للثمنين".
(٧) "وحصل" ليست في: أ.
(٨) "فيه" ليست في: أ.
(٩) "إحداهما" ليست في: أ.
(١٠) في: ظ "سلعة".

آخران على أنه في تلك الحالة كان ساكناً، أو[١] شهد اثنان على أنه قتل فلاناً ساعة كذا، وآخران على أنه كان ساكناً في تلك الساعة، لا يتحرك، ولا يعمل شيئاً، ففي قبول الشهادة الثانية خلافٌ للأصحاب، لأنها شهادة على النفي، وإنما تقبل الشهادة على النفي[٢] في المضائق والأحوال، والضرورات، فإن سمعناها[٣] فيتصور التعارض بهذا الطريق أيضاً.

فرعان: أحدهما: ذكر الأكثرون في صورة المسألة أن يقول كل واحد منهما: بعت منك/ كذا[٤]، وهو ملكي، وكذلك لفظ الشافعي رضي الله عنه في "المختصر" ٥٨٧/ز وهو موافق لما مرَّ، أنه إذا[٥] ادعى الشراء من[٦] غير[٧] صاحب اليد، يقول: اشتريته منه وهو ملكه. وفي "تتمة الجامع الصغير" لأبي الفياض أنه لافرق بين أن يقول كل واحد هو ملكي، أو لا يقول.

والثاني: إذا قلنا بالقسمة عند تعارض البينتين في المسألة، فقسمٌ لم يكن لصاحب اليد الخيار، لأنه يحصل له تمام المبيع[٨]، ولا غرض له في عين البائع، وعن أبي الحسين ابن القطان، ثبوته، لأنه قد يرضى بمعاملة واحد، ولا يرضى بمعاملة اثنين.

**(قال [الغزالي]: الرابعة: إذا ادعى عبدٌ أن مولاه أعتقه، وادعى آخرٌ أن مولاه باعه منه، فالبينتان متعارضتان، ولا يقدم جانب العبد بتقدير أنه في يد نفسه، وعلى قول القسمة يعتق نصف العبد، ولا يسري، لأنه محكوم به قهراً).

---

(١) "أو" ليست في: أ.

(٢) في: ظ "و".

(٣) في: أ، ب، ظ "سمعناه".

(٤) في: أ "كذا".

(٥) في: ظ "لو".

(٦) "من" ليست في: ب.

(٧) "غير" ليست في: أ، ب.

(٨) في: ب "البيع".

[فصل المسألة الرابعة: اختلاف المالك ورجل آخر في بيع العبد]

[قال الرافعي]: عبدٌ في يد رجل ادعى أن مولاه أعتقه، وادعى آخر أنه باعه منه بكذا، وأنكر صاحب اليد ما ادعياه[1]، ولا بينة، حلف لهما يمينين، وإن[2] أقر بالعتق، ثبت العتق، ولم يكن للمشتري تحليفه، إن قلنا: إن إتلاف البائع كالآفة السماوية، لأنه بالإقرار بالعتق، متلفٌ قبل القبض، فينفسخ البيع.

نعم لو ادعى تسليم الثمن، حلفه له. وإن أقر بالبيع قضى به، ولم يكن للعبد تحليفه، لأنه وإن اعترف به لم يقبل، ولم يلزمه غرمٌ. يلزمه

قال القاضي الروياني: ولا يوجد[3] موضع يقر لأحد المدعيين، ولا يحلف للآخر قولاً واحداً، إلا هذا[4].

وإن أقام كل واحد منهما بينة، نُظِر: إن أرختا بتاريخين مختلفين، قضي بأسبقهما تاريخاً.

وإن[5] أرختا بتاريخ واحدٍ، فهما متعارضتان، وفيهما القولان.

فإن قلنا: بالتهاتر، فالحكم كما لو لم تكن بينة، وإن قلنا: بالاستعمال، ففي مجيء قول الوقف الخلاف السابق.

وإن قلنا: بالقرعة، قضي لمن خرجت له القرعة.

وعن ابن سريج: أنه قال: يقوي في هذه الصورة قول القرعة[6]، لاشتمال الخصومة على دعوى العتق.

---

(١) في: ب "ادعاه".
(٢) في: أ "فإن".
(٣) "يوجد" ليست في: ا.
(٤) انظر: هامش العزيز ٢٦٠/١٣.
(٥) "وإن" ليست في: أ.
(٦) في: ظ "الوقت".

وإن قلنا: بالقسمة، عتق نصف العبد، ونصفه لمدعي الشراء بنصف الثمن. وله الخيار، لأنه لم يسلم له جميع ما اشتراه، فإن فسخ، فالمشهور أنه يعتق النصف الآخر أيضاً، لأن البينة قامت على أنه أعتق الجميع. وإنما لم يحكم بموجبها لزحمة مدعي الشراء، فإذا انقطعت زحمته حكم به.

وفيه وجه آخر، أنه لايعتق، لأن قضية القسمة اقتصارُ العتق على النصف، وإيراد "التهذيب" يشعر بترجيح هذا الوجه، وإن أجاز مدعي الشراء، فإن كان المدعى عليه معسراً، لم يسر العتق إليه، وإن كان موسراً فقولان، أو وجهان: أحدهما:

أن الجواب كذلك، لأنه عتق محكوم به قهراً، فأشبه[١] ما إذا[٢] ورث بعض قريبه يُعتق عليه، ولا يسري.

والثاني: يسري[٣] لقيام البينة على أنه أعتق باختياره.والأول هو المذكور في الكتاب.

والثاني: أصح عند القاضي الروياني وغيره[٤].

ونقل أبوالفياض وجهاً، أن قول القسمة، لايجري هاهنا، تحرزاً من تبعيض العتق.

وقال المزني: القياس عندي، تقديم بينة العتق، لأن العبد في يد نفسه، وبينة صاحب اليد مقدمة.

وخرَّج هذا قولاً للشافعي - رضي الله عنه - لكن الأصحاب ضعفوه وامتنعوا من إثباته قولاً، وقالوا: إنما يكون[٥] في يد نفسه إن لو ثبتت حريته.

والكلام فيه، ولأنه[٦]لو كان في يد نفسه لكانت الدعوى عليه، لا على السيد، ولو كانت البينتان مطلقتين، أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، فالحكم كما لو

---

(١) "فأشبه" ليست في: أ، ب.
(٢) في: ب "كما".
(٣) "يسري" ليست في: ب.
(٤) "وغيره" ليست في: ب.
(٥) في: أ "يلزم أن يكون".
(٦) "و" ليست في: ب.

أرختا بتاريخ واحد.

وحكى الإمام طريقة قاطعة بأنه لايجري قول التهاتر، لأن صدقهما ممكن بأن باع صاحب اليد من مدعى[1] الشراء، ثم انتقل منه إلى صاحب اليد ثم أعتق وهذا أحد الطرق المذكورة من قبل في موضع أقوال التعارض، وتصديق صاحب اليد بعد قيام البينتين، لايوجب الرجحان خلافاً لابن سريج على ماتقدم[2].

---

(١) في: ظ "يدعى"

(٢) "على ماتقدم" ليست في: ظ.

(قال [الغزالي]: الطرف الثالث: في الموت، وفيه ثلاث[١] مسائل: الأولى: ابن مسلم، والآخر نصراني، ادعى المسلم أن أباه أسلم، ثم مات، فالقول قول النصراني، والمقدم بينة المسلم إن تعارضتا لأن الناقلة أولى من المستصحبة، وكذلك[٢] إذا ادعى الابن الإرث في دارٍ، وادعت[٣] زوجة الأب أن أباه أصدقها، أو باعها، قدمت بينتها.

ولو شهدت بينة النصراني، أنه نطق بالتنصر، ومات عقيبه فهما متعارضتان، ويجري قول القسمة، وإن كان لايشترك مسلم، وكافر، في إرث. ولو كان الميت مجهول الدين، فادعى كل واحدٍ[٤] أنه مات على دينه، فلا ترجيح لبينة الإسلام، وإن[٥] لم تكن بينة، فليس أحدهما أولى من الآخر بالتصديق، فيجعل كأن المال في يدهما، وإن كان في يد أحدهما لم يختص بالتصديق بعد إقراره، بأنه من جهة الإرث، ويُصلى على هذا الميت احتياطاً، فلعله مسلم).

[فصل في التداعي وتعارض البينتين في الموت والميراث]

المسألة الأولى مات رجل عن ابنين مسلم ونصراني واختلفا فيما مات عليه الأب له حالتان الأولى إذا كان الأب معروفاً بالتنصر

[قال الرافعي] مقصود هذا الطرف الكلام في التداعي، وتعارض البينتين في الموت، والميراث فمن مسائله: مات رجل عن ابنين مسلم ونصراني مثلاً[٦]، واختلفا فيما مات عليه الأب، فقال المسلم: مات مسلماً، فلي الميراث، وقال النصراني: مات نصرانياً فلي الميراث.

فإما أن يكون الأب معروف الدين، أو لايكون .

الحالة الأولى: إذا كان الأب معروفاً بالتنصر، فقال[٧] المسلم: أسلم ثم مات، وقال النصراني: بل مات على ماكان عليه، فالقول قول النصراني، مع يمينه، لأن الأصل

---

(١) "ثلاث" ليست في: ب، ز ، ظ.
(٢) في: ظ "وكذا".
(٣) "ادعت" ليست في: أ.
(٤) في: أ "واحدٍ منهما".
(٥) في: ظ "فإن".
(٦) "مثلاً" ليست في: ظ.
(٧) في: ز "وقال".

بقاء كفره، / وإن أقام كل واحد منهما بينة، نُظِرَ: إن أطلقتا، فقالت بينة المسلم: إنه[1] مات مسلماً. وقالت بينة النصراني: إنه[2] مات نصرانياً، فبينة المسلم مقدمة، لأن معها زيادة علم، وهي[3] انتقاله من النصرانية إلى الإسلام، والبينة الأخرى استصحبت[4]، وشهدت بالأصل، والناقلة أولى من المستصحبة. ولمثل ذلك قدمنا بينة الجرح على التعديل[5]. ٥٨٨/ز

مسألة: مات رجل عن ابن وزوج فاختلفا في الميراث

ولو مات رجل[6] عن ابن وزوجة، فقال الإبن: داره هذه ميراثٌ بيننا، وقالت الزوجة بل هي لي أصدقيتها أبوك، أو باعها مني، وأقام كل واحدٍ منهما بينة فبينتها أولى.

ولو ادعى على مجهولٍ، أنك عبدي، وأقام عليه بينة، وأقام المدعى عليه بينة، أنه كان ملكاً لفلان، فأعتقه. تقدم البينة الثانية[7]، لعلمها بالانتقال من الرق إلى الحرية، وعلى هذا قياس المسائل.

ولو قيدت البينتان، بأنه[8] تكلم[9] في آخر عمره بكلمة، فقال: الابن المسلم، كانت تلك الكلمة كلمة الإسلام، وأقام عليه بينة. وقال النصراني: بل كانت كلمة[10] التنصر، وأقام عليه بينة. فهاهنا يبطل الترجيح المذكور، وتجيءُ أقوال التعارض[11].

فإن قلنا: بالتساقط، فكأن لابينة، ويصدق النصراني بيمينه.

وإن[12] قلنا: بالاستعمال، فعلى قول الوقف، توقف التركة لا محالة، لأن المدعى

---

(١) "إنه" ليست في: ظ.
(٢) "إنه" ليست في: ظ.
(٣) في: ظ "وهو".
(٤) في: أ "استصحبت".
(٥) في: ظ "بينة التعديل".
(٦) "رجل" ليست في: ظ.
(٧) في: ظ "الناقلة".
(٨) في: أ، ب، ظ "بأن".
(٩) في: أ "نكل".
(١٠) الإسلام، وأقام عليه . . . بل كانت كلمة" ليست في: ظ.
(١١) "فهاهنا يبطل . . . التعارض" ليست في: ب.
(١٢) في: أ، ظ: "فإن".

مال، وعلى القرعة يقرع، فمن خرجت[١] له القرعة، فله التركة[٢].

وعلى قول القسمة يقسم، فيجعل النصف لهذا، والنصف لهذا، كما لو كان التنازع في غير الميراث. وقال أبوإسحاق: لايجيء قول القسمة هاهنا، لأن الحكم بالقسمة حكم بالخطأ يقيناً.

ولأن[٣] الشخص لايموت كافراً مسلماً، وفي غير صورة الميراث، ليست القسمة حكماً بالخطأ يقيناً[٤]، لجواز أن يكون المدعى مشتركاً بينهما، كما قسمنا، ولأن الكافر، والمسلم لايشتركان في الميراث، والظاهر الأول، وليست القسمة حكماً منا بأنه مات كافراً مسلماً، ولا تشريكاً منا في الإرث، لكن بينة كل واحد منهما اقتضت أن يكون جميع المال له، إلا أن البينة الأخرى عارضتها[٥]، فعملنا بكل واحدة منهما، بحسب الإمكان.

قال العراقيون: ليس صرف النصف إلى كل واحد منهما خطأ يقيناً لاحتمال أنه مات نصرانياً، وهما نصرانيان، فورثا[٦] ماله، ثم أسلم أحدهما، وادعى موته مسلماً ليفوز بالجميع.

الحالة الثانية إذا لم يكن الأب معروف الدين.

الحالة الثانية: إذا لم يكن الأب معروف الدين، وادعى كل واحدٍ من الابنين أنه كان على دينه، فإن لم تكن بينة، نظر: إن كان المال في يد غيرهما، فالقول قوله، وإن كان في يدهما فيحلف كل واحد منهما لصاحبه، ويجعل المال[٧] بينهما، وإن كان في يد أحدهما، فالذي ذكره الشيخ أبوحامد وجماعة: أن القول قوله مع يمينه، ونسب الإمام هذا الوجه، إلى القاضي الحسين، كأنه أجاب بمثل جوابهم. والصحيح، وهو المذكور في الكتاب، أنه يجعل بينهما أيضاً، ولا أثر لليد بعد اعتراف صاحب اليد بأنه كان للميت،

---

(١) في: أ "خرج".
(٢) "التركة" ليست في: أ.
(٣) "و" ليست في: أ.
(٤) "ولأن الشخص . . . بالخطأ يقيناً" ليست في: ز.
(٥) في: أ، ز "قاومتها" وفي: ظ "معارضة".
(٦) في: أ، ب، ظ "فورث".
(٧) "المال" ليست في: أ، ب، ظ.

وأنه يأخذه إرثاً، وإن أقام كل واحدٍ منهما بينة، فالبينتان متعارضتان، ولا فرق في هذه الحالة بين أن تكونا مطلقتين، أو مقيدتين، ويجيء في جريان قول القسمة خلاف أبي إسحاق، وفيه: وجهٌ أن بينة الإسلام مقدمة، لأن الظاهر من حال من في دار الإسلام، إنما هو الإسلام. والمشهور الأول، ويصلى على هذا الميت المشكوك في دينه، وندفنهُ[١] في مقابر المسلمين، ونقيد[٢] النية في الصلاة، فنقول: نصلي عليه، إن كان مسلماً، كما لو اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار، وقد مر ذكره في الجنائز[٣].

تفسير كلمة التنصير

ونختم المسألة بفوائد: عن الشيخ أبي عاصم: أنه فسر كلمة التنصر فيما إذا شهدت البينتان على آخر ما تكلم به، بأن يقول: لا إله إلا الله عيسى رسول الله.

قال القاضي أبوسعد: وفيه إشكال ظاهر: فإن المسلمين يثبتون نبوة عيسى عليه السلام، وإثبات نبوته، ليس نفياً لنبوة محمد ﷺ سيما عند منكري المفهوم[٤]، فيجب أن تفسر[٥] كلمة التنصير بما يختص به النصارى، كقولهم: إن الله ثالث ثلاثة.

هل يجب على الشهود بيان كلمة الإسلام

وحكى القاضي ابن كج وجهين: في أنه هل يجب على الشهود بيان[٦] كلمة الإسلام، لأنهم قد يعتقدون ماليس بإسلام إسلاماً؟ ووجهين في أن على قول القسمة، هل يحلف كل واحد من الابنين للآخر؟ والأصح المنع.

مات عن ابن وبنت وتنازعا في دين الأب

ووجهين في كيفية القسمة إذا مات عن ابن وبنت، وتنازعا في دين الأب، وقلنا: بالقسمة.

عن أبي الطيب بن سلمة: أنه يقسم المال بينهما نصفين.

وعن غيره: أنه يقسم أثلاثاً، قسمة الميراث، وليسا ولا واحدٍ منهما بقويم[٧]، بل

---

(١) في: ب "ويدفنه".

(٢) في: ظ "تعتد".

(٣) الوجيز ٧٥/١.

(٤) انظر: المستصفى ١٩١/٢.

(٥) في: ظ "تعتبر".

(٦) في: أ، ب "تفسير".

(٧) في: أ "تقويماً". وفي: ظ "يتقوم".

يجب أن يقال: هما كشخصين يدعي أحدهما جميع الدار، والآخر نصفها، وأقاما بينتين، وقد مر: أن على قول[1] القسمة للأول ثلاثة أرباعها، وللثاني: ربعها.

وليعرف وراءها ما حكينا شيئان.

أحدهما: أن الموت على كلمة الإسلام، يوجب الإرث للابن المسلم، لكن الموت على كلمة التنصر بمجرده لايوجب الإرث للابن النصراني، لاحتمال أنه أسلم ثم تنصر، وحينئذ فلا يورث عنه، فكان[2] الغرض فيما إذا[3] تعرض الشهود لاستمراره على النصرانية، إلى أن جعلها آخرُ كلامه. أو اكتفوا باستصحاب ماعرف من دينه، مضموماً إلى الختم عليه. وإن لم يتعرض له الشهود.

والثاني: أن تقييد البينتين معاً بأن آخر كلامه كان كذا، غير محتاج إليه ليزول الترجيح بزيادة العلم، بل تقييد بينة النصراني بأنه تكلم آخراً بكلمة التنصر، كافٍ فيه.

وقوله في الكتاب: "ادعى المسلم أن أباه أسلم، ثم مات" تبين أن التصوير، أولاً: فيما إذا كان الميت معروفاً بالكفر، فإن[4] كان مجهول الدين فقد ذكره[5] من بعد.

وقوله: "فهما متعارضتان" يجوز إعلامه بالحاء، لأن الحكاية عن أبي حنيفة: أنه يغلب بينة الإسلام بكل حال[6].

وقوله "ويجري قول القسمة" بالواو لوجه أبي إسحاق.

وقوله: "في مجهول الدين، فلا ترجيح" بالحاء، والواو للوجه الذي ذكرناه[7] آخراً، وكذا قوله: "لم يختص بالتصديق".

---

(١) في: أ، ب، ز "على أن".
(٢) في: ب "وكان".
(٣) "إذاً" ليست في: أ.
(٤) "فإن" ليست في: أ.
(٥) في: أ، ب "ذكر".
(٦) انظر: الهداية ١٧٨/٣.
(٧) في: ظ "ذكرنا".

فرع مات رجل عن زوجة وأخ ملسمين وعن أولاد كفرة. فاختلفا في دينه.

فرع: مات رجل عن زوجة[1]، وأخ مسلمين، وعن أولادٍ كفرة، فقال: المسلمان مات مسلماً، وقال الأولاد: بل كافراً، فإن كان أصل دينه الكفر فالقول قول الأولاد، وإن أقام كل واحدٍ[2] من الطائفتين بينة، فإن أطلقتا[3] قدمت بينة الزوجة والأخ، وإن قيدتا فعلى الخلاف في التعارض، وإن لم يُعرفْ أصل دينه، وقف المال حتى ينكشف الحال، أو يصطلحا، وإن أقام كل واحدٍ[4] بينة، فعلى الخلاف في التعارض، ويعود خلاف أبي إسحاق، في جريان قول القسمة. وإذا رجحنا طائفة، قسم المال بينهم، كما يقسم لو انفردوا.

وإن جعلنا المال بين الطائفتين تفريعاً على القسمة مثلاً، فالنصف للزوجة والأخ، والنصف للأولاد، وفيما تأخذه[5] الزوجة من النصف؟ وجهان.

أحدهما: تأخذ ربعهُ، وكأنه كل التركة، وهذا ما أورده أبوالفرج السرخسي.

والثاني: تأخذ نصفه، ليكون لها ربع التركة، فإن الأخ معترفٌ به، والأولاد لايحجبون بقولهما.

هذا ما أورده الإمام[6] رحمه الله.

(قال [الغزالي]: الثانية: مات نصراني في رمضان، فادعى أحد ابنيه أنه أسلم في شوال، فيرثه[7]. وقال الآخر: بل[8] في شعبان، فلا يرثه، فبينة النصراني أولى، لأنها

---

(١) في: ظ "زوج".

(٢) في: أ "واحدة".

(٣) في: ظ "أطلقا".

(٤) في: أ "واحدة".

(٥) في: أ، ب، ظ "تأخذ".

(٦) قال النووي في الروضة ٧٨/١٢ "الأول أصح، لأنها مقدمة أيضاً باستحقاق الأخ ثلاثة أرباع التركة" والله أعلم.
قال في المطلب الذي أورده الإمام "أنه لايجوز غيره، ونقله في الكفاية عن الجمهور، وفي الحاوي أن الذي عليه الجمهور لايصح تخريج قولي القسمة هاهنا". نقله بهامش٢ العزيز ٢٦٥/١٣.

(٧) في: ظ "ويرثه".

(٨) "بل" ليست في: ز.

نقالةٌ، فالقول[١] قول المسلم، إذا لم تكن بينة، لأن الأصل بقاء الكفر. ولو أسلم الابن في رمضان، لكن ادعى الموت في شعبان فتقدم[٢] بينته لكن القول قول النصراني، لأن الأصل دوام الحياة إلى شوال).

[فصل المسألة الثانية: في اختلاف إرث ابني ميت نصراني. مسلم ونصراني]

[قال الرافعي]: ابنا ميتٍ[٣]: نصراني ومسلم تنازعا فقال المسلم: أسلمت بعد موت أبينا، فالميراث بيننا. وقال النصراني: بل قبله، فلا يرثه. فلهما ثلاث أحوالٍ.

الأولى[٤]: أن يقتصرا على هذا القدر، ولا يتعرضا لتاريخ موت الأب، ولا لتاريخ إسلام المسلم.

والثانية: أن يتفقا على تاريخ موت الأب، كرمضان مثلاً. وقال[٥] المسلم: أسلمت في شوال.

وقال النصراني: بل أسلمت في شعبان. ففي الحالتين، إن لم تكن بينة، فالقول قول المسلم، لأن الأصل استمراره على دينه فيصدق بيمينه، ويشتركان في المال.

وإن أقام أحدهما بينة قضى بها، وإن أقام كل واحدٍ بينة ، فبينة النصراني أولى، لأنها تنقله من النصرانية إلى الإسلام في شعبان، والأخرى، تستصحب دينه إلى شوال، فمع الأولى زيادة علم.

والثالثة: أن يتفقا على تاريخ إسلام المسلم، بأن[٦] اتفقا على أنه أسلم في رمضان، لكن ادعى المسلم أن الأب مات في شعبان.

وقال النصراني: بل مات في شوال، فالقول قول النصراني، لأن الأصل دوام

---

(١) في: أ، ب، ظ "والقول".
(٢) في: ظ "تقدم".
(٣) في: أ، ز "ميت نصراني".
(٤) في: أ "إحداهما". وفي ب: "إحداها".
(٥) في: ب "فقال".
(٦) في: ظ "فإن".

الحياة، وإن[١] أقاما بينتين فبينة المسلم أولى، لأنها تنقل من الحياة إلى الموت[٢] في شعبان، والأخرى تستصحب الحياة إلى شوال، فمع الأولى زيادة علم.

واعترض الإمام: بأن بينة النصراني تثبت الحياة في شعبان، لأنها تشهد على الموت في شوال، والموت إنما يكون عن حياة والحياة صفة ثابتة يشهد عليها كالموت، فليحكم بتعارضهما، وجريان أقوال التعارض، لكن هذا الكلام لا اختصاص له بهذه[٣] الحالة، بل يمكن أن يقال: في الحالتين السابقتين، وقد قدمنا بينة النصراني.

أن بينة المسلم تثبت النصرانية في شعبان، لأنها تشهد على الإسلام في شوال، والإسلام إنما يكون عن كفر، فليحكم بالتعارض.

والوجه أن يراعى كيفية الشهادة، فإن أطلقت البينتان، فترجح التي تنقل، وتعرض[٤] حدوث شيء[٥] على ماسبق.

وإن شهدت بينة النصراني [٦] في الحالة التي نحن فيها بأنهم عاينوه حياً في شوال، وشهدت بينة المسلم في الحالتين الأوليين، بأنهم كانوا يسمعون كلمة التنصر منه إلى انتصاف شوال مثلاً، فتتعارض البينتان.

مسألة مات الأب المسلم وله ابنان. أحدهما مسلم اتفاقاً قبل موت الأب وقال الآخر أسلمت أيضاً قبله وأنكر المسلم.

ولو مات مسلم، وله ابنان، أسلم أحدهما، قبل موت الأب بالاتفاق، وقال الآخر: أسلمت أيضاً قبله. وقال المتفق على إسلامه، بل أسلمت بعد موته، فعلى الأحوال[٧] الثلاث، إن[٨] اقتصرا على ذلك، أو اتفقا على أن الأب مات في رمضان، وقال: قديم الإسلام: أسلمت في شوال، فقال: بل أسلمت في شعبان، فيصدق قديم الإسلام، وإن أقاما البينة تقدم بينة الآخر، وإن اتفقا على أن الآخر أسلم في رمضان،

(١) في: أ "فإن".
(٢) في: ز "من الموت إلى الحياة".
(٣) في: أ "فهذه".
(٤) في: ز "وتعرف".
(٥) في: ب، ظ "يبني".
(٦) في ز "أن بينة المسلم"
(٧) في: ظ "الأقوال".
(٨) في: ظ "فإن".

فقال قديم الاسلام[١]: إن الأب مات في شعبان، وقال الآخر: بل في شوال، فالمصدق الآخر، والمقدم بينة قديم الإسلام، وفي هذه الصورة تكلم الشافعي - رضي الله عنه - في "المختصر"[٢] وعامة الأصحاب، لا في صورة الكتاب، والمقصود واحد.

وعلى هذا القياس نظائرهما[٣]، كما لو مات الأب حراً، وأحد الابنين حرٌّ بالاتفاق، واختلفا في أن[٤] الآخر عُتِق قبل موته، أو بعده.

ولو أنهما في صورة "المختصر" اتفقا في حق أحدهما: أنه لم يزل مسلماً، وقال الآخر: لم أزل مسلماً أيضاً، ونازعه الأول، وقال: كنت نصرانياً، وإنما أسلمت بعد موت الأب، فالقول قوله في: أني لم أزل مسلماً، لأن ظاهر الدار يشهد له: وليس مع صاحبه أصلٌ يستصحب.

ولو قال كل واحدٍ منهما: لم أزل مسلماً[٥] وكان صاحبي نصرانياً، أسلم بعد موت الأب، فعن القفال: تخريجه على وجهين:

أحدهما: أنه لايصرف شيء إلى واحدٍ منهما، لأن الأصل عدم الاستحقاق.

وأصحهما: أنه يحلف كل واحدٍ منهما، ويجعل المال بينهما، لأن ظاهر الدار يشهد لكل واحد منهما فيما يقوله في حق نفسه.

مسألة: مات رجل وخلف أبوين كافرين، وابنين مسلمين فقال الأبوان مات كافراً وقال الابنان بل مات مسلماً.

ولو مات رجل وخلف أبوين كافرين، وابنين مسلمين، فقال: الأبوان إنه مات كافراً. وقال الابنان: بل مسلماً.

قال ابن سريج، فيه قولان[٦]: أشبههما: بقول العلماء: أن القول قول الأبوين، لأن الولد محكوم بكفره في الابتداء تبعاً للأبوين، فيستصحب إلى أن يعلم خلافه.

---

(١) "أسلمت في شوال ... فقال قديم الاسلام" ليست في: ز.

(٢) انظر: المختصر ص ٣١٤، والروضة ٧٩/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٦/٤.

(٣) في: أ "نظائرها".

(٤) "أن" ليست في: ز.

(٥) "أيضاً، ونازعه الأول ... لم أزل مسلماً" ليست في: ز.

(٦) "مراد ابن سريج قولان: يعني وجهين له لأنهما منصوصان للشافعي، وكذا قاله جمع من العراقيين منهم الشيخ في "المهذب" وكذا الروياني في البحر" انظر: هامش١ العزيز ٢٦٧/١٣.

=

والثاني: أنه يوقف المال إلى أن ينكشف الأمر، أو يصطلحوا. والتبعية ترفع بالبلوغ وحصول الاستقلال(١).

وفيه وجهٌ آخر: أن القول قول الابنين، لأن ظاهر الدار يدل(٢) على ما يقولانه(٣).

رجل مات وله زوجة وابن فماتا واختلف الرجل وأخ الزوجة.

فرع: رجل له زوجة، وابن، فماتا، واختلف الرجل، وأخ الزوجة فقال الرجل: ماتت الزوجة أولاً، فورثتها، أنا وابني، ثم مات الابن ~~فورثتها، أنا وابني، ثم مات الابن~~ فورثته. فقال الأخ: مات الابن أولاً، فورثته مع أختي، ثم ماتت الأخت فورثناها، فإن لم يكن لواحد منهما بينة، فالقول قول الأخ في مال أخته، وقول الرجل في مال ابنه "فإن حلفا، أو نكلاً، فهي من صور استبهام الموت، فلا يورث أحد الميتين من الآخر، بل(٤) مال الابن لأبيه، ومال الزوجة للزوج والأخ.

وإن أقام كل واحدٍ بينة تعارضتا، وجاء أقوال التعارض، هذا إذا لم يتفقا على وقت موت أحدهما، فإن اتفقا عليه، واختلفا في أن الآخر مات قبله، أو بعده، فالمصدق من يقول: مات(٥) بعده، لأن الأصل دوام الحياة. وإن أقام كل واحد(٦) بينة، قدمت بينة من يقول: مات قبله، لأن معها زيادة علم.

[مسألة: اختلاف الأم والأولاد، الأم تدعي الإسلام أوالحرية والأولاد ينكرون ذلك].

[قال الرافعي] ولو مات رجل عن زوجة، وأولاد، فقالوا لها: كنتِ أمةً فعتقت بموت أبينا، أو ذمية، فأسلمت بعد موته، وقالت: بل عتقت أو أسلمت قبل موته، فهم المصدقون.

= وانظر: المهذب ٤٠٣/٢، والروضة ٨٠/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٦/٤.

(١) في: ظ "الاستيلاد"

(٢) "يدل" ليست في: ظ.

(٣) قال النووي في الروضة ٨١/١٢ : "الوقف أرجح دليلاً، ولكن الأصح عند الأصحاب أن القول قول الأبوين، وأنكروا على صاحب "التنبيه" ترجيحه قول الابنين، وهو ظاهر الفساد".

(٤) في: أ "بأن".

(٥) في: أ "ماتت".

(٦) في: أ "واحدٍ منهما".

وإن قالت: لم أزل مسلمة[1]، أو حرة، فهي المصدقة، لأن الظاهر ما تقوله.

وعن رواية الربيع: قولٌ: إنها تصدق في الحرية، دون الإسلام، لأن الأصل في الناس الحرية، فإنهم، يخلفون أحراراً، وفي الدين يخلقون منقسمين إلى مسلمين، وكفارٍ، وخرج قولٌ: أنهم المصدقون جميعاً، لأن الأصل عدم وراثتها. وا لله أعلم.

(قال [الغزالي]: الثالثة: لو قال: إن قتلتُ فأنت حرٌ، فقامت بينة الوارث أنه مات حتف أنفه، وبينة العبد أنه قُتِلَ، فقولان: أحدهما: التسوية. والآخر: تقدم بينة القتل لما فيها من الزيادة).

[فصل: في اختلاف العبد والوارث في قول السيد: إن قتلت فأنت حر]

[قال الرافعي]: سيد قال لعبده[2]: أن قتلت فأنت حر[3]، وتنازع بعده العبد، والوارث، فأقام العبد بينة، أنه قُتِلَ، والوارث بينة، أنه مات حتف أنفه[4] فقولان:

أحدهما: أنهما متعارضتان[5] لما بينهما من المنافاة.

والثاني: أن بينة العبد، أولى، لأن عنده زيادة علم بالقتل، فإن قلنا: بالتهاتر فكأنه لا بينة فيحلف الوارث، ويستمر الرق.

وإن قلنا: بالقسمة عتق نصفه، وإن قلنا: بالقرعة، عتق، أخرجت له القرعة، ورُقَّ إن خرجت للوارث.

والوقف لايخفى[6]، والظاهر من القولين في المسألة على ماذكر أبوالحسن العبادي، تقديم بينة العبد، ونقل طريقةً قاطعةً به، قال: ولا شك أن القصاص لايجب، لأن الوارث منكر للقتل، فإن ادعى الوارث القتل، وأقام المدعي بينة، أنه مات حتف أنفه جرى القولان.

---

(١) في: ز "حرة أو مسلمة".
(٢) في: أ "العبد".
(٣) "حرة" ليست في: أ.
(٤) في: ز "حتفه".
(٥) في: ز "يتعارضان".
(٦) في: ظ "لايجيء".

لو قال: إن مت في رمضان فعبدي حر ونحو ذلك.

ولو قال: إن مت في رمضان، فعبدي حرٌ، وأقام[١] العبد بينة أنه مات في رمضان، والوارث بينة أنه مات في شوال، فعلى القولين:

أحدهما: التعارض.

والثاني: تقديم بينةِ العبد لزيادة العلم، بحدوث الموت في رمضان[٢].

وعن المزني: تقديم بينة الوارث، لأن معها زيادة علم، وهي استمرار الحياة إلى شوال، ومن شرطه أن يطرده في نظائر المسألة من قبل ومن بعد.

ولو أقام الوارث البينة ، أنه مات في شعبان فالقياس مجيء التعارض، وانعكاسُ القول الثاني، والمحكيُّ عن المزني.

ولو حكم القاضي بشهادة شاهدي رمضان، ثم شهد شهود على أنه مات في شوال، فهل ينقضُ الحكم، وينزل[٣] منزلة ما لو شهدت البينتان معاً؟

وعن ابن سريج: تخريج قولين فيه[٤]، كما لو بان فسقُ الشهود بعد الحكم[٥].

قال لسالم إن مت في رمضان فأنت حر، وقال لغانم إن مت في شوال فأنت حر، وأقام كل واحد بينته.

ولو قال لسالم: إن مِتُّ في رمضان فأنت حر[٦]، وقال لغانمٍ: إن مت في شوال فأنت حرٌ، وأقام كل واحدٍ بينة على ما يقتضي حريته فقولان: أحدهما التعارض. والثاني: تقديم بينة سالم، لأن معها زيادة علمٍ، وهي حدوث الموت في رمضان[٧].

وعن المزني، وابن سريج: تقديم بينة غانم.

وإن[٨] قلنا: بالتعارض، فعلى التهاتر، يُرقُّ العبدان. وعلى القسمة يعتق من كل واحدٍ نصفه.

---

(١) في: ز "فأقام".

(٢) "والثاني ... رمضان" ليست في: ظ.

(٣) في: أ "ينزله".

(٤) في: أ "فمنه".

(٥) انظر هامش (١) العزيز ٢٦٩/١٣.

(٦) في: أ "فإن".

(٧) انظر: المختصر ص ٣١٥، والروضة ٨١/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٦/٤.

(٨) في: ز "فإن".

ولو قال لسالم: إن مِتّ من مرضي، فأنت حرٌّ. وقال لغانم: إن برئت منه[1] فأنت حر، فأقام[2] سالم بينة على الموت منه[3]، وغانمٌ بينةً على البرءِ منه، ففي وجهِ البينةُ الأولى، أولى، لزيادة علمها بالموت، وفي وجهِ، الثانية: أولى، لعلمها بالبرءِ. ويحكى هذا عن ابن القطان. والصحيح التعارض لتقابل الزيادتين[4].

وإذا تعارضتا، جاء الخلاف السابق.

وحكى القاضي ابن كج عن بعض الأصحاب: أنه إذا وجد التعارض في مثل هذا غلبت الحرية.

[فصل: في خاتمة الطرف الثالث في الموت]

خاتمة لهذا الطرف: من ادعى وراثة إنسانٍ، وطلب تركتهُ أو شيئاً منها، فليبين جهة الوراثة من بنوةٍ وأخوةٍ وغيرهما. المسألة الأولى من ادعى وراثة إنسان وطلب تركته أو شيئاً منها.

وذكر أبوالفرج السرخسي: أنه لايكفي لطلب التركة ذكر الجهة على المذهب، بل يتعرض مع الجهة للوراثة، فيقول[5]: أنا أخوه، ووارثه.

وإذا شهد عدلان، وهما من أهل الخبرة بباطن حال الميت: أن هذا ابنه لانعرف له وارثاً سواه، دفعت إليه التركة.

وإن شهد لصاحب فرضٍ دفع إليه فرضه، ولا يطالبان بضمينٍ، فإن طلب الضمين مع قيام البينة كالطعن في الشهود.

وحكى الفوراني: أنه لابد من ثلاثة شهود هاهنا، كما ذكره في شهادة الإفلاس.

والمشهور هو[6] الأول.

---

(١) "منه" ليست في: ز.

(٢) في: ظ "وأقام".

(٣) في: ب "فيه".

(٤) انظر: هامش (٢) العزيز ٢٦٩/١٣، الروضة ٨١/١٢.

(٥) في: ظ "بأن يقول".

(٦) "وهو" ليست في: ز ، ط.

وإذا لم يكن الشهود من أهل الخبرة، أو كانو من أهل الخبرة[١]، ولم يقولوا: لانعلم وارثاً سواه، فالمشهود له، إما/ أن يكون[٢] له سهمٌ مقدرٌ، أو لايكون، إن لم يكن ٥٩١/ز له سهم مقدرٍ، فلا يعطى في الحال بل يتفحص القاضي عن حال الميت في البلاد التي سكنها، أو طرقها، فيكتب إليها للاستكشاف، أو يأمر من ينادي فيها: ألا إن فلاناً قد مات، فإن كان له وارث، فليأت القاضي، أو ليبعث إليه.

فإذا تفحص ومضت[٣] مدة[٤] تغلبُ على الظن في مثلها، أنه لو كان له وارث هناك، لظهر، ولم يظهر فحينئذ يُدفع المال إليه، ويكون البحث والتفحص قائماً مقام خبرة الشهود.

وفي "أمالي" أبي الفرج: حكاية قولٍ: أنه لا يدفع المال إليه بعد التفحص أيضاً.

ويشترط قيام البينة على النسق[٥] الذي سبق.

وفيه وجه: أنه يُفرقُ بين أن يكون المشهود له ممن يحجبه غيره، كالأخ، فلا يدفع إليه المال بعد التفحص[٦]، وبين أن يكون[٧] ممن لا يحجبه غيره، كالابن فيدفع[٨]. والظاهر عند الأكثرين، الأول. وإذا دُفع المال[٩] إليه، فهل يؤخذ منه ضمين[١٠]؟ ظاهر[١١] لفظه – رضي الله عنه – في "المختصر": أنه يؤخذ، ولابد منه.

(١) "أو كانوا من أهل الخبرة" ليست في: ز.
(٢) "يكون" ليست في: ظ.
(٣) "ومضت" ليست في: أ، ب، ظ.
(٤) "مدة" ليست في: ب، ظ.
(٥) في: أ "الفسق".
(٦) في: ظ "الفحص".
(٧) "يكون" ليست في: أ.
(٨) في: ظ "فيدفع إليه ظاهر".
(٩) في: ز "إليه المال".
(١٠) في: أ "ضمن".
(١١) في: ظ "الظاهر".

مسألة من ادعى وراثة إنسان فحكم له بدفع المال بشرطه هل يؤخذ منه كفيل؟

وقال رضي الله عنه في "الأم"[١]: "أحب[٢] أن يؤخذ منه[٣] ضمين[٤]" فاختلف الأصحاب على طريقين.

أشهرهما: أن المسألة على قولين.

أحدهما: أنه لابد من أخذ الضمين احتياطاً، واستيثاقاً.

وأظهرهما: أنه لا حاجة إليه اكتفآء بأن الظاهر أنه لا وارث سواه، نعم، هو مستحبُ.

والثاني: نفي الخلاف، واختلف هؤلاء، فقطع قاطعون بنفي الوجوب، وحملوا ما في "المختصر" على الاستحباب، وحملهما آخرون على محملين، فمنهم من قال: حيث ذكر: أنه لابد منه.

أراد الأخ، ومن يجوز أن يحجب، وحيث ذكر الاستحباب[٥]، أراد الابن ومن لا يُحجبُ، ومنه من حمل الأول على ما إذا لم يكن ثقة موسراً.

والثاني: على الثقة المؤسر، إن كان ممن له سهم مقدر، فإن كان ممن لا يحجب دفع إليه أقل فرضه، عائلاً قبل البحث والتفحص، فإنه مستيقنٌ، فالزوجة يدفع إليها ربع الثمن عائلاً على تقدير أنه ترك أبوين، وبنتين وأربع زوجات، والزوج يدفع إليه الربع عائلاً على تقدير أنها تركت أبوين وبنتين وزوجاً، والأبوان يُعطيان السدس عائلاً.

أما الأب، فعلى تقدير أن الورثة[٦]: أبوان وبنتان، وزوج، أو زوجة.

وأما الأم، فعلى تقدير أن الورثة: أختان لأب وأم[٧] وزوج أو زوجة، بل لو[٨] حضر مع الزوجة ابن دفع إليها ربعُ الثمن غير عائل، لأن المسألة لاتعول إذا كان فيها ابنٌ.

---

(١) انظر: المختصر ٣١٥.

(٢) في: ب "واجب".

(٣) "منه" ليست في: أ.

(٤) في: أ "وضمن".

(٥) في: ظ "الأصحاب".

(٦) في: ز "للورثة".

ثم إذا تفحص، و لم يظهر غيره، أعطي تمام حقه.

وفيه وجه أنه لايعطى تمام حقه، إلا أن تقوم بينته بخلاف الأخ، فإنه لم يأخذ شيئاً. فلو لم يعط بعد التفحص، كان محروماً بالكلية، والصحيح الأول.

ولا يؤخذ للمستيقن ضمين، وفي أخذه للزيادة الخلاف.

وإن كان ممن يُحجَبُ، لم يدفع إليه قبل التفحص شيءٌ، وبعد التفحص يدفع.

وفيه الوجه المذكور فيمن له سهمٌ مقدرٌ، وهو ممن يحجبه غيره.

ولو قطع الشهود بأنه لا وارث سواه، فقد أخطأوا بالقطع في غير موضع القطع، ولا تبطل به شهادتهم.

مسألة ادعى وراثة إنسان فشهد الشهود: هذا بنه و لم يذكروا أنه وارث

ولو قال الشهود: هذا ابنه، و لم يذكروا كونه وارثاً، فقد أطلق في "التهذيب" أنه لايحكم بشهادتهم حتى يذكروا: أنه[1] وارث، لأنه قد يكون ابناً، ولا يكون وارثاً.

والعراقيون جعلوا هذه الصورة، كما لو لم يكن الشهود، من[2] أهل الخبرة الباطنة[3]، أو كانوا من أهل الخبرة، ولم يذكروا: أنه لا وارث سواه.

وقالوا: ينتزعُ المال من يده بهذه الشهادات، ويدفع المال إليه بعد التفحص المذكور.

ونقلوا عن ابن سريج فيما إذا شهدوا: أنه أخوه، و لم يتعرضوا للورثة، أنه لايصرف إليه شيءُ بعد التفحص، لأن الابن لا يحجبه غيره فقرابته مورثه.

والأخ يحجبه غيره، فقرابته غير مورثةٍ[4] على تجردها.

وأجاب الإمام في الابن بما ذكره العراقيون.

---

(٧) في: أ، ب "وأختان لأم".
(٨) "لو" ليست في: ظ.
(١) في: ظ "يذكروا كونه".
(٢) "من" ليست في: ظ.
(٣) "الباطنة" ليست في: ز.
(٤) في: ب "مورثة".

وحكى في الأخ وجهين فحصل فيهما معاً[1] وجهان.

فرع: قال القاضي "الروياني" القياس أنه لايصح الضمان مالم يدفع المال إليه وهكذا هو في ضمان العهدة.

فرع: لو قال الشهود لا نعرف له في البلد وارثاً سواه.

فرع: لو قال الشهود: لانعرف له في البلد وارثاً سواه، لم يدفع إليه شيء خلافاً لأبي حنيفة[2]، وأحمد[3]. فيما رواه ابن الصباغ. رحمهم الله. والله أعلم.

---

(١) "معاً" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) انظر: الهداية ٣/١٦٧.

(٣) أنظر: المقنع ص٣٤٣.

(قال [الغزالي]: الطرف الرابع: في العتق والوصية: وفيه ثلاثُ مسائل:

الأولى: إذا ثبت عتق عبدين ببينتين[1]، كل واحد ثلث مال المريض المعتق، عُتِقَ من كل واحدٍ نصفه إذ الغالب أنهما متعاقبان، فيعتق السابق، وليس أحدهما أولى من الآخر، ومنهم من قال: إذا أشكل السابق، فهو كما لو اجتمعا على أحد القولين، كما في الجمعتين، والنكاحين، فإن جعل كالاجتماع، فيقرع، لكن لو كان أحد العبدين سدس المال، وخرجت له القرعة عتق، وعتق من الآخر نصفه لتكملة الثلث، وإن رأينا القسمة فيعتق من كل واحد ثلثاه، وفيه وجه آخر: أنه يُعتق من النفيس ثلاثة أرباعه، ومن الخسيس نصفه، لأن نصف النفيس حرٌّ بكل حال تقدم، أو تأخر، وإنما الزحمة في النصف الثاني).

[فصل المسألة الأولى: في اختلاف عتق عبدين كل واحد منهما ثلث مال السيد]

[قال الرافعي] من[2] الأصول الممهدة، أن المريض مرضُ الموت إذا أعتق عبدين كل واحدٍ منهما ثلث ماله على الترتيب، ولم يجز الورثة ينحصر[3] العتق في الأول، وإذا أعتقهما معاً أقرع بينهما، ولو لم يعرف أنه أعتقهما معاً، أو على الترتيب[4] يقرع بينهما أيضاً. ولو عرف سبق أحدهما، ولم يُعلم عين السابق، فقولان.

أحدهما: أنه يقرع، كما لو أعتقهما معاً، وهذا[5]، لأن معرفة السبق من غير أن يعرف السابق، لاتنفعُ شيئاً /. ٥٩٢/ز

والثاني: أنه[6] يعتق من كل واحدٍ نصفه، لأنا لو أقرعنا، لم نأمن خروج الرق على السابق، وللسابق[7] حق الحرية، فيلزم[8] منه إرفاق حر، وتحرير

(١) في: أ "ثمن".
(٢) في: ظ "في".
(٣) في: ظ "حصر".
(٤) "أقرع بينهما ... أو على الترتيب" ليست في: أ، ب، ظ.
(٥) "وهذا" ليست في: أ.
(٦) "أنه" ليست في: ظ.
(٧) في: ب ""فللسابق".
(٨) في: أ "ويلزم".

رقيق[١]، وأيضاً، فلو أوصى لهذا بثلث ماله، ولهذا بثلثه و لم تجز الورثة، يجعل بينهما نصفين، فكذلك[٢] هاهنا.

فالقولان على ماذكر جماعة من الأئمة، كالقولين في الجمعتين، والنكاحين مثل هذه الحالة، فإن قلنا: يبطلان الجمعتين، والنكاحين، أقرعنا بينهما، كما لو وقعا معاً، وإن توقفنا في الجمعتين[٣] وأمرنا الجميع بالظهر أعتقنا من كل واحدٍ نصفه.

ولو عُرف من سبق إعتاقه بعينه، ثم اشتبه فطريقان.

أحدهما: طرد القولين.

والثاني: وهو الذي أورده أبوالفرج السرخسي، وغيره: أنه يعتق من كل واحدٍ[٤] نصفه، وهو الموافق لما هو الظاهر في مثل هذه الحالة من الجمعتين، والنكاحين.

علق عتق عبدين بالموت أو أوصى بعتقهما ومات وكل واحد ثلث ما له.

ولو علق عتق عبدين بالموت، أو أوصى بعتقهما[٥]، ومات وكل واحدٍ ثلث ماله فيقرع، سواء، وقع التعليقان، أو الوصيتان معاً، أو فرض بينهما ترتيب[٦]. إذا تقرر ذلك: فلو قامت بينة على أن المريض أعتق سالماً، وأخرى على أنه أعتق غانماً، وكل واحد منهما ثلث ماله، فإن أرختا بتاريخين مختلفين عتق من أعتقه أولاً، وإن أرختا بتاريخ[٧] واحدٍ، أقرع بينهما، وإن أطلقتا[٨]، أو أطلقت إحداهما، ففي "التهذيب" أنه يقرع أيضاً لاحتمال الترتيب، والمعية.

وقال جماعة منهم صاحب الكتاب، والإمام: احتمال الترتيب[٩]، أقرب، وأغلب من احتمال المعية، والسابق منهما غير معلوم، وإذا كان كذلك، وتعارضت البينتان،

---

(١) في: أ "رقبة".
(٢) في: أ "وكذلك".
(٣) في: أ، ب، ظ "النكاحين".
(٤) "واحد" ليست في: أ.
(٥) في: أ "يعتقها".
(٦) في: ز "ترتب".
(٧) "بتاريخ" ليست في: ظ.
(٨) "أطلقتا" ليست في: أ.
(٩) "الترتيب" ليست في: ظ.

وأطلقتا عرفنا أن أحد المعتقين سابق، ولم نعرفه بعينه، فيجيء فيه القولان في أنه يقرعُ بينهما، أو يعتق في كل واحدٍ نصفه. ثم في لفظ الكتاب شيئآن:

أحدهما: أن نظمهُ يشعر بترجيح قول القسمة، وقد رجحه القاضي "الروياني" وغيره. وهو يوافق[١] قول الذاهب في الجمعتين إذا علمت السابقة[٢] ولم يتعين إلى[٣] أنهم يصلون الظهر جميعاً، لصحة الجمعة السابقة.

وقد بينا في الجمعة ميل الأصحاب إليه، وقولهم: إنه القياس، ورجح آخرون قول القرعة، وهو يوافق ماذكرنا في النكاحين، أن ظاهر المذهب، والصورة مثل هذه، أن الحكم، كالحكم فيما إذا لم يُعرف السبقُ، ولا المعية.

والثاني: سياق الكتاب يقتضي إثبات طريقتين.

إحداهما: القطع بالقسمة.

والثانية: إثبات قولين[٤]:

أحدهما: القسمة.

والثاني: القرعة، لكنه لم يرد ذلك، وإنما حكى قول القسمة المنصوص عليها، ثم بين أنهم كيف خرجوه، وذكر المأخذ الذي بنوا[٥] عليه هذا القول مع قول القرعة، ويعرف[٦] ذلك عند التأمل من[٧] لفظ[٨] "الوسيط"[٩].

---

(١) في: ظ "موافق".

(٢) في: ظ "السابق منهما".

(٣) "إلى" ليست في: ظ.

(٤) في: أ "القولين".

(٥) في: أ ، ب، ظ "ينزل".

(٦) "ويعرف" ليست في: ظ.

(٧) في: ظ "في".

(٨) في: ز "نظم".

(٩) انظر: الوسيط ٤٢٨/٧.

وفرع: على القولين: ما لو قامت البينتان كذلك، لكن أحد العبدين سدس المال، فإن قلنا: بالقرعة، فإن خرجت القرعة للعبد[١] الخسيس عتق، وعتق معه نصف الآخر ليكمل الثلث.

وإن خرجت للنفيس انحصر العتق فيه، وإن[٢] قلنا: هناك يعتق من كل واحد نصفُهُ، فهاهنا وجهان.

الذي أورده أكثرهم: أنه يعتق من كل واحدٍ ثلثاه، لأن مازاد على الثلث من التبرع ينسب إلى جميع التبرع وينقص بتلك النسبة من كل واحد منهم.

وإذا نسبنا الزائد على الثلث، وهو السدس هاهنا إلى جميع التبرع، وهو النصف، كان ثلثه، فيرد العتق في ثلث كل واحد منهما، وينفذُ في ثلثيه، وصار كما لو أوصى لواحدٍ بثلث ماله، وللآخر بسدسه يكون[٣] لكل واحد منهما ثلثا[٤] ما أوصى له.

والثاني: ويحكى عن أبي حنيفة[٥]: أنه يعتق من النفيس ثلاثة أرباعه، ومن الخسيس نصفه، لأنه إن سبق إعتاق النفيس، فجميعه حر، وإن سبق إعتاق[٦] الآخر، فنصفه حرٌّ على التقديرين[٧]، وإنما الزحمة والنزاع في النصف الثاني: وهو قدر سدس[٨] المال، فيقسم بينهما، فيعتق من النفيس ربعه، ومن الخسيس نصفه.

ولو قامت البينتان على تعليق عتق عبدين بالموت، أو على[٩] الوصية يعتقهما[١٠]، وكل واحد منهما ثلث المال، و لم يجز الورثة، فيقرع بينهما سواءً أرخت البينتان، أو

---

(١) في: أ "بالعبد" وليست في: ظ.
(٢) في: أ "فإن".
(٣) "يكون" ليست في: أ.
(٤) في: أ "ثلث".
(٥) انظر: الهداية ٢/٦٣.
(٦) "إعتاق" ليست في: أ.
(٧) في: أ، ب، ز "فأحد نصفيه حرٌّ على التقديرين".
(٨) في: ز "بهما".
(٩) "على" ليست في: ب.
(١٠) في: أ، ب، ظ "بعتقهما".

إذا قامت البينتان على تعليق عتق عبدين بالموت أو الوصية بعتقها وكل واحد منهما ثلث المال ولم يجز الورثة.

أطلقتا، لأن العتقين المعلقين بالموت كالواقعين معاً في المرض، هذا هو الظاهر، وفيه خلاف نذكره على الأثر.

واعلم أن المزني: روى في "المختصر" أن الشافعي – رضي الله عنه – قال: ولو شهد أجنبيان بأن فلاناً المتوفي أعتقه، وهو الثلث في وصيته، وشهد وارثان لعبد[1] غيره، بأنه أعتقه وهو الثلث في وصيته فسواء، ويعتق من كل واحدٍ نصفه.

ثم[2] قال المزني: قياس قوله[3] أن يقرع بينهما، وأطال الأصحاب نفسهُمْ في شرح المسالة، ونحن نورد منه مايتهذب به المقصود. أما الفرض فيما إذا كان شاهدا أحد العبدين أجنبيين، وشاهداً[4] الآخر[5]، وارثين فسيأتي في الفصل التالي لهذا بيان مايفترق[6] فيه شهادة الأجانب، والورثة، ومالا يفترق[7]، ثم تحزب الأصحاب فيما هو المراد من صورة المسألة.

قال حزب منهم: المراد العتق المنجز في المرض، لأنه قال: أعتقه، وقوله: "في وصيته" أي في مرضه الذي هو وقت الوصية، وأثبت هؤلاء قولين، ماذكره الشافعي – رضي الله عنه – وما خرجه المزني[8]، وهذا ما اختاره أصحابنا العراقيون.

وقال الحزب الثاني: ومنهم أبو إسحاق: المراد العتق المضاف إلى مابعد الموت، لقوله: "أعتق في وصيته" أي أوصى بعتقه، ثم اختلفوا، فقال قائلون: الجواب، ماقاله المزني، وحكى[9] عن نصه – رضي الله عنه – في "الأم".

---

(١) في: ز "بعبد".

(٢) "ثم" ليست في: ز.

(٣) "قوله" ليست في: ظ.

(٤) في: ظ "أو شهدا".

(٥) في: أ "الآخر".

(٦) في: ظ "يفرق".

(٧) في: أ، ب "يفرق".

(٨) انظر: المختصر ص ٣٢١، والروضة ٨٢/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٧/٤.

(٩) في: ز "وحكوه".

ثم من هؤلاء من يحاول تأويل المنقول عن الشافعي - رضي ا لله عنه - ومنهم[١] من يقول: إنه غلطٌ من ناقل/. ٥٩٣/ز

وذهب بعضهم إلى إثبات القولين مع[٢] التصوير في الوصية بالعتق، وأشار القاضي ابن كج إلى طريقة أخرى قاطعةٍ بالقسمة تشبيهاً بالوصية لشخصين وا لله أعلم.

(قال [الغزالي] الثانية: شهد أجنبيان أنه أعتق غانماً، وهو ثلث، وشهد وارثان بأنه رجع عنه، وأعتق سالماً[٣] وهو ثلثٌ[٤] رُقَّ غانم، وعتق سالم إذ لاتهمة على الوارث، لما ذكر للرجوع بدلاً، فإن كان سالم سدس المال، صار متهماً فيعتق غانمٌ بالشهادة، ويعتق سالم بالإقرار، وقيل: إنه يقرع أيضاً، وتلغو شهادة[٥] الرجوع، وتبقى شهادة العتق).

[فصل المسألة الثانية: فيما لو شهد أجنبيان أنه أعتق غانماً، وهو ثلث، وشهد وارثان بأنه رجع عنه، وأعتق سالماً وهو ثلث ماله]

[قال الرافعي]: ولا فرق في شهود العتق والوصية بين أن يكونوا أجانب، أو وارثين إلا[٦] أن الوارث قد يجر بشهادته[٧] نفعاً إلى نفسه. فلا تقبل شهادته. وإلا أن شهادة الوارث قد تتضمن إقراراً للمشهود به[٨]، فيؤاخذ بها، فلو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق غانم، وهو ثلث ماله، وشهد وارثان أنه رجع عن تلك الوصية، وأوصى بعتق سالم، وهو ثلث ماله أيضاً، قبلت شهادتهما على[٩] الرجوع عن الوصية الأولى، وتثبت

(١) في: ظ "وفي الأمة".
(٢) في: ز "في".
(٣) في: ظ "غانما".
(٤) في: ظ "الثلث".
(٥) في: ظ "شهادته".
(٦) في: أ، ظ "لأن".
(٧) في: ظ "شهادته".
(٨) في: ظ "له".
(٩) في: أ "عن".

بها الوصية الثانية، لأنهما أثبتا للرجوع[١] عنه بدلاً يساويه، فارتفعت التهمة، ونظر إلى تبديل الولاء.

وقد يكون الثاني أهدى إلى الكسب، وجمع المال فإنه[٢] قد لايتفق أخذ شيء بالولاء، ومجرد[٣] هذا الاحتمال، لو أوجب رد الشهادة لما قبلت شهادة قريب، لقريب يرثه.

وعن أبي حنيفة[٤] ومالك[٥]: أنه لا تقبل شهادتهما على الرجوع، ويعتق العبدان معاً. هذا إذا كان الوارثان عدلين. فإن كانا فاسقين، لم يثبت الرجوع بقولهما، ويحكم بعتق غانم بشهادة الأجنبيين، لأن الثلث يحتمله، ويعتق من سالم قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد غانم، وهو ثلثاه.

وكأن غانماً هلك، أو[٦] غصب من التركة، فإن قال الوارثان: أوصى بعتق سالم، ولم يتعرضا للرجوع عن وصية غانم[٧]، فالحكم كما ذكرنا فيما إذا كان رجالُ البينتين كلهم أجانب، فالظاهر القرعة، ويجئ فيه الخلاف المذكور[٨] في الفصل السابق.

ولو كانت المسألة بحالها لكن سالماً سدس المال. فالوارثان متهمان برد العتق من الثلث إلى السدس، فلا تقبل شهادتهما علىالرجوع في النصف الذي لم يثبتا له بدلاً.

وفي الباقي[٩] الخلاف في تبعيض الشهادة، فإن قلنا: إنها لا تبعض، وبه أجاب الشافعي - رضي الله عنه - في هذه الصورة، فترد شهادتهما فيه أيضاً، ويعتق الأول بشهادة الأجنبيين، ويعتق الثاني بإقرار الوارثين، لأن شهادتهما تتضمن الإقرار بأنه

---

(١) في: ظ "الرجوع".
(٢) "فإنه" ليست في: ظ.
(٣) في: ز "يرد".
(٤) الهداية ٦٣/٢.
(٥) مختصر خليل ص ٢٩٥.
(٦) في: أ "هكذا غصب".
(٧) في: أ "سالم".
(٨) "المذكور" ليست في: ز.
(٩) في: ظ "الثاني".

مستحقٌ العتق، فإن لم يكونا جائزين عتق منه قدر ما يستحقانه، ومنهم من يقول: يعتق من الثاني بقدر ما يحتمله ثلث الباقي[١] من المال، وليس هذا خلافاً في المعنى، فإن كل[٢] الثاني، وهو سدس[٣] المال يحتمله ثلث الباقي[٤] بعد الأول.

وإن قلنا: إنها تبعض، فيعتق نصف الأول، وجميع الثاني[٥]، وهو قدر الثلث.

وفيه وجهٌ آخر: أن الرجوع[٦] المشهود به، لا يتبعض، فإذا لم يثبت في البعض لايثبت في الباقي، وتبقى الشهادة على الوصية بعتق الثاني، فيقرع بينهما على مامر، وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن في التركة أخرى.

فإن كان قد أوصى بثلث ماله لإنسان وقامت البينتان لغانم، وسالم. هكذا، فتقبل[٧] شهادة الوارثين على الرجوع عن الوصية باعتاق غانم، لأن للورثة الزيادة على الثلث[٨] فليس في الشهادة[٩] على الرجوع تهمة عليهم.

وإذا ثبت الرجوع بشهادتهم، جعل الثلث أثلاثاً بين الموصى له بالثلث، وبين عتق سالم فيعطى الموصى له ثلثا[١٠] الثلث، ويعتق منه ثلثاه، وهو ثلث الثلث. هكذا ذكروه. ولكن رد الزائد على الثلث لايوجب حرمان[١١] بعض أرباب الوصايا، بل يوزع عليهم الثلث[١٢].

---

(١) في: ز "بعد الأول وإن قلنا".
(٢) في: أ "كان".
(٣) في: ز "ثلث".
(٤) "وليس هذا خلافاً ... ثلث الباقي" ليست في: ظ.
(٥) في: ب، ز "الباقي".
(٦) في: ظ "رجوع".
(٧) في: أ، ب، ظ "تقبل".
(٨) "عن الوصية ... الثلث" ليست في: ظ.
(٩) في: ز "في الرجوع على الشهادة".
(١٠) في: ز "ثلثي الباقي".
(١١) في: ظ "جريان".
(١٢) "الثلث" ليست في: ز.

وقبول شهادة الرجوع يوجب إرقاق غانمٍ وحرمانه عن التبرع وهو محل التهمة لتعلق الأغراض أعيان العبيد والأموال، بل قبول شهادة الرجوع من الورثة، وإن أثبتوا بدلاً مساوياً لا يصفوا[1] عن الإشكال، لأنه قد يتعلق الغرض باستبقاء، وإن كان سالمٌ مثله في القيمة.

وإن كان الوارثان فاسقين عتق غانم بشهادة الأجنبيين، وعتق سالم بإقرارهما، وهو دون ثلث الباقي من المال بعد غانم.

ولو كانت[2] قيمة من شهد له الأجنبيان سدس المال، وقيمة من شهد له الوارثان ثلث[3] المال[4]، قبلت شهادتهما على الرجوع وعتق الثاني.

فإن كانا فاسقين عتق الأول، وعتق ثلث الباقي من المال بعد الأول، وهو خمسة أسداس الثاني، وكأنه غصب الأول.

شهد شاهدان أجنبيان أنه نجز عتق غانم في المرض، ووارثان أنه نجز عتق سالم وكل واحد ثلث المال.

ولو شهد أجنبيان أنه نجز عتق غانم في المرض، ووارثان أنه نجز عتق سالم، وكل واحدٍ منهما ثلث المال فينظر: إن كذب الوارثان الأجنبيين وقالا: لم يعتق غانماً، وإنما أعتق سالماً، فيعتق العبدان جميعاً.

أما غانمٌ فبشهادة الأجنبيين، وأما سالم فبإقرار الوارثين أن العتيق سالمٌ دون غانم، فإن لم يكونا جائزين عتق منه[5] حصتهما، واستدرك بعض المتأخرين فقال: قياس ماسبق أن لايعتق من سالم إلا قدر مايحتمله ثلث[6] الباقي من المال بعد غانم[7]، وكأن[8] غانما غصب من التركة. وهذا جيدٌ.

---

(١) في: ز "يصفوا".
(٢) في: ظ "كان".
(٣) في: ظ "ثلثه".
(٤) في: ز "الباقي".
(٥) في: ظ "منهما".
(٦) في: ظ "الثلث".
(٧) انظر هامش ٢ العزيز ٢٧٨/١٣.
(٨) في: ز "فكأن".

وإن لم يكذباهما، بل قالا: أعتق سالماً، ولا ندري هل أعتق غانما أم لا؟ فإن كان الوارثان عدلين، فالحكم كما ذكرنا فيما إذا كان شهود العبدين معاً أجانب. وإن كانا فاسقين، فيعتق غانم بشهادة الشهود، وأما سالم، فقد ذكر الشيخ أبوحامد، وتابعه[1] كثيرٌ من الأصحاب: أنه يعتق / منه نصفه إذا فرعنا على أنه يعتق من كل واحدٍ نصفه لو ٥٩٤/ز كانا عدلين، لأن الوارثين معترفان في ضمن الشهادة باستحقاقه عتق النصف فلزمهما ما اعترفا به.

وقال ابن الصباغ: هذا سهوٌ، لأن غانما أيضاً لا يستحق بقول الوارثين إلا عتق النصف، وقد حكمنا بعتق جميعه فنصفه كالمغصوب، أو الهالك في حق الورثة، ونصفه سدس التركة، فينبغي أن يعتق عبد إلا سدس عبد، وقد اعتقنا نصف عبدٍ فيبقى ثلث عبد بلا مزيد.

لكن العبدين سواءٌ في استحقاق العتق، فلا يجوز أن يعتق من أحدهما أكثر مما يعتق من الآخر.

ويلزم من ذلك أن ينقص ماعتق من الأول عن النصف، وأن يزيد مايعتق من الثاني على الثلث.

وتبيين[2] ذلك بأن يقال: عتق من الأول شئٌ ، والباقي مغصوب وعتق من الثاني شيءٌ، والباقي للورثة مع الثلث الكامل من التركة، فمعهم إذاً ثلثان سوى شيءٍ، وذلك يعدلُ ضعف ماعتق، وهو أربعة أشياء فيجبر.

ويقابل فثلثا "التركة"[3] تعدل خمسة أشياء فالشيء خمس ثلثي التركة، وخمس الثلثين خمسا الثلث وكل عبد ثلث، فيعتق من الأول خمساه، والباقي مغصوب، ومن الثاني خمساه، تبقى ثلاثة أخماسه للورثة مع الثلث الكامل، وهي ثمانية أخماس ضعف ماعتق.

---

(١) "وتابعه" ليست في: ظ.

(٢) في: ب "وسنبين".

(٣) في: أ "في التركة".

ولو شهد أجنبيان لغانم، ووارثان لسالم كما ذكرنا إلا أن سالماً سدس المال، فإن كذب الوارثان الأجنبيين عتقا جميعاً، وإن لم يكذباهما، فإن كانا عدلين، فكما إذا كان شهود العبدين أجانب، والأول ثلث المال والباقي[1] سدسه، وقد مر حكمه في الفصل السابق.

وإن كانا فاسقين فقد[2] نقل صاحب "التهذيب": أن الأول حر بشهادة الأجنبيين، ويقرع بينهما، فإن خرجت له القرعة[3] انحصر العتق فيه، وإن خرجت للثاني، عتق الأول بالشهادة، وعتق من الثاني ثلث مابقي من المال بإقرار[4] الوارثين.

قال في "التهذيب" وقياس هذا أن يقرع أيضاً إذا كان كل واحد من العبدين ثلث المال، وكان الوارثان فاسقين، وكان هذا جواباً على قول القرعة فيما إذا كان الشهود كلهم أجانب، وما نقلناه[5] عن الشيخ أبي حامد وغيره - على قول القسمة - والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الثالثة: إذا شهدت بينة أنه أوصى لزيد[6] بالسدس وشهدت أخرى بأنه[7] أوصى لبكر بالسدس[8]، وشهدت أخرى بأنه رجع عن إحدى الوصيتين، فعلى وجهٍ تبطل الشهادة بالرجوع المبهم، ويسلم إلى كل واحدٍ سدسٌ، وعلى وجه يصح لتعيُّن المشهود له، والمشهود عليه، فيقسم عليهما سدسٌ واحدٌ).

[فصل المسألة الثالثة: فيما لو شهدت بينة أنه أوصى لزيد بالسدس، وأخرى لبكر بمثله]

---

(١) في: أ "والثاني".
(٢) "فقد" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) في: ظ "القرعة له".
(٤) في: ظ "إقرار".
(٥) في: أ، ب، ظ "نقلنا".
(٦) "إذا" ليست في ز، ظ.
(٧) في: أ "أنه".
(٨) "وشهدت أخرى ... بالسدس" ليست في: ظ.

[قال الرافعي] إذا شهد اثنان بأن فلاناً الميت، أوصى لزيد بالثلث، وآخران بأنه أوصى لبكر بالثلث، فلا يخفى أنه يجعل الثلث بينهما بالسوية، فإن ذكر الآخران: أنه[١] رجع عن الأول، وأوصى لبكر بالثلث سلم له الثلث[٢].

ويستوي في الرجوع شهادة الوارث، والأجنبي إذا جرى ذكر البدل.

ولو شهد اثنان أنه رجع عن وصية بكر أيضاً، وأوصى بالثلث لعمرو سلم الثلث إليه.

ولو شهد اثنان أنه أوصى بالثلث لزيد[٣] واثنان أنه أوصى به[٤] لبكر، ثم شهد اثنان أنه رجع عن إحدى الوصيتين فإن عينا المرجوع عنها ثبت الرجوع، وكان الثلث كله للآخر.

وفي كتاب "القاضي ابن كج": أن أبا الحسين قال: لايكون للثاني إلا السدس، لأنه إذا أوصى بالثلث لهذا، وبالثلث لهذا[٥]، فكأنه أوصى بالسدس لكل واحدٍ منهما.

وإنما يسلم الثلث للآخر إذا ثبت أن وصيته وقعت بعد الرجوع عن الوصية الأخرى. وإن لم يعين شاهداً[٦] الرجوع الوصية المرجوع عنها، نص في "المختصر" أن الثلث يكون بينهما. و لم ذلك؟.

قال أكثر الأصحاب: لأنهما أبهما الرجوع، والإبهام يمنع قبول الشهادة كما لو شهدا أنه أوصى لأحد هذين العبدين، أو لفلان كذا على أحد هذين الوجهين. وإذا لم تقبل شهادة الرجوع. والورثة لا تجيز أكثر من الثلث، يكون الثلث بينهما.

وقال: بعضهم واختاره القفال: هذه الشهادة مقبولة لتعيين[٧] الوارث المشهود له،

---

(١) "أنه" ليست في: أ.
(٢) في: ز "الثلث".
(٣) في: أ، ظ "لهذا".
(٤) "به" ليست في: أ.
(٥) "فإن عينا المرجوع .... وبالثلث لهذا" ليست في: ظ.
(٦) في: أ، ب، ظ "شاهد الرجوع".
(٧) في: أ ، ز "لتعين". وفي ظ "فتعين".

وتعين[1] المشهود عليهما.

وإن وقع إبهام[2] فالوصية تحتمل الجهل[3]، والإبهام، فيقسم[4] الرجوع بينهما، ويجعل كأنه رد وصية كل واحدٍ منهما إلى السدس، وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا شهدت بينةٌ: أنه أوصى لزيد بالثلث، وأخرى أنه أوصى بالسدس، وأخرى: أنه رجع عن إحدى الوصيتين، وهي الصورة المذكورة في "الكتاب" فعلى ماذكره أكثرهم: لا تقبل شهادة الرجوع المبهم، ويدفع إلى كل واحد منهما السدس، وعلى ما اختاره القفال: تقبل، ويجعل كأنه رجع عن نصف كل وصية فيدفع إلى كل واحد منهما نصف سدس.

واعلم أن هذه الكتب الثلاثة "أدب القضاء، والشهادات، والدعاوى والبينات يتعلق بعضها ببعض، وقد يتفق لذلك[5] المداخلة في مسائلها. وإذا يسر الله تعالى الفراغ من شرح مافي "الكتاب" من ثلاثتها، فإنا[6] نرى ختمها ببابين.

أحدهما: في مسائل، وصور تدخل في هذه الكتب.

منها: ماهي كالشهادة عن الأصول المذكورة فيها.

ومنها: ماهي متخرجة[7] عليها، لكن التنصيص عليها يفيد الدُّربةً، ويهذب الأصول.

والباب الثاني: في دعوى[8] النسب، وقد أورده في "الكتاب" وله ارتباط بهذه الكتب من حيث أنه نوع ادعاء، لكنه لايحتاج إلى البينة من حيث أن القائف شبيهٌ بالحاكم.

---

(١) في: أ، ب "وعين".

(٢) في: ب "الإبهام".

(٣) في: أ، ب، ظ "الرجوع".

(٤) في: أ "يقسم". وفي ب، ظ "ينقسم المرجوع".

(٥) في: أ، ب "ذلك".

(٦) في: أ "وإنا"

(٧) في: ب "مستخرجة". وفي: ظ "مخرجة".

(٨) في: ظ "دعوة".

أما الباب الأول فنأتي بالمسائل منثورة: ونقول مستوفقي/ن من ا لله تعالى ٥٩٥/ز

م [الأولى]: يوم الجمعة كسائر الأيام في إحضار من يطلب إحضاره مجلس الحكم. نعم، إذا صعد الخطيب المنبر، فلا يحضر أحدٌ إلى الفراغ من الصلاة، واليهودي يحضر يوم السبت، ويكسر سبته[١] عليه.

م [الثانية] شهد اثنان أنه غصب كذا أو سرقه[٢] غدوة[٣].

وآخران: أنه سرقه، أو غصبه عشية، فتتعارض البينتان، ولا يُحكم بواحدة منهما بخلاف ما لو[٤] شهد شاهد هكذا، وآخر هكذا، حيث يحلف المدعي مع أحدهما، ويأخذ الغرم، لأن الشاهد الواحد ليس بحجة حتى يفرض تعارضٌ.

م [الثالثة] شهد شاهد على إتلاف ثوب قيمته ربع دينارٍ، وآخر على إتلاف ذلك الثوب بعينه، وقال: قيمته ثمن دينار، يثبت الأقل، وللمدعي أن يحلف مع الآخر.

م [الرابعة] ولو[٥] شهد اثنان على إتلاف ثوب قيمته ربع دينار[٦].

وشهد آخران[٧] على أنه أتلف ذلك الثوب، وقيمته ثمن يثبت الأقل أيضاً، لأنه المتفق عليه. وأما الزيادة فالبينتان متعارضتان فيها.

وبهذا قال أحمد[٨]. وقال أبوحنيفة[٩] يثبت الأكثر عليهما[١٠].

---

(١) في: أ، ب، ظ "عليه سبته".

(٢) في: ظ "وسرقته".

(٣) "غدوة" بالضم: النكرة مابين صلاة الغداة وطلوع الشمس.

(٤) في: ظ "ما إذا".

(٥) "و" ليست في: ز.

(٦) "دينار" ليست في: ز، ظ.

(٧) في: أ "وآخر على إتلاف ذلك الثوب بعينه، وقال: قيمته ثمن دينار".

(٨) انظر: المقنع ص ٣٤٢.

(٩) انظر: الهداية ١٣٤/٣.

(١٠) "يثبت ... وعليهما" ليست في: أ، ب، ظ.

[م الخامسة] ولو شهد اثنان على أن[١] وزن الذهب الذي أتلفه دينار، وآخران على أن وزنه نصف دينار، يثبت الدينار، لأن مع الشاهدين به[٢] زيادة علم بخلاف الشهادة على القيمة، فإن مدركها الاجتهاد، وقد يقف شاهد القليل على عيبٍ به.

[المسألة السادسة] ادعى عبداً في يد رجلٍ، وأقام بينة: أنه ولدُ أمتِهِ ولدته في ملكه نص[٣]: أنه لم يقضِ[٤] له بهذه البينة، فربما ولدته قبل أن يملكها[٥].

وإن قال: إنه ولد أمته ولدته في ملكه، نصَّ - رضي الله عنه - أنه يقضى له بهذه البينة، لكنها شهادة بملك سابقٍ، وهو الملك يوم الولادة.

وقد سبق أن البينة على أنه كان[٦] ملكه لايقضى بها في أصح القولين، فخرج ابن سريج قولاً هاهنا أيضاً[٧]، وامتنع سائر الأصحاب عنه[٨]، وفرقوا بأن النماء تابعٌ للأصل، فإذا تعرضت البينة لملك الأصل تبعه النماء في الملك. ألا ترى أنه إذا قامت البينة على ملك الشئ منذ سنةٍ يأخذه المدعي مع زوائده[٩] في السنة[١٠]، وهناك الشهادة على الأصل فاعتبر[١١] التعرض للملك في الحال، لكن صورة الاستشهاد قامت الشهادة على ملك الأصل في الحال، لكن صورة الإستشهاد قامت الشهادة على ملك الأصل في الحال، وأرخت الملك، وليس قولهم: ولدتهُ في ملكه، إثبات ملك الأصل في الحال.

[م السابعة] ولو شهدوا أن هذه الشاة نتجت في ملكه وهذه الثمرة حصلت من شجرته في ملكه، فهو كقولهم ولدته أمته في ملكه.

---

(١) "أن" ليست في: ظ.
(٢) "به" ليست في: ظ.
(٣) "ولدته في ملكه نص" ليست في: أ، ب، ظ.
(٤) في: ز "إنه يقضي".
(٥) في: أ، ب "ملكها".
(٦) "كان" ليست في: أ، ب، ظ.
(٧) "أيضاً" ليست في: ز.
(٨) في: ز "منه".
(٩) في: أ، ب، ظ "زيادة".
(١٠) في: ز "البينة".
(١١) في: ظ "واعتبر".

ولا يكفي أن يقولوا: هذه نتاج شاته وثمرة شجرته.

[م الثامنة] ولو شهدوا[١] أن هذا الغزل من قطنه، أو الفرخ[٢] من بيضه، أو الدقيق من حنطته، أو الخبز من رقيقه كفى، لأن ذلك عين ملكه[٣] بخلاف ولد الجارية وثمرة الشجرة.

[م التاسعة] أقام بينة على رق شخص، وأقام المدعى عليه بينة على أنه حرُّ الأصل، فبينة المدعي أولى، لأن معها زيادة علم، وهي إثبات الرق[٤].

[م العاشرة] ادعى ديناً على إنسان، وشهد له شاهدان، لكن ذكر أحدهما موصولاً بشهادته أنه قضاه، أو أن المستحق أبرأه فشهادته باطلة للتضاد[٥]، وأن ذكره مفصولاً عن الشهادة، فإن كان بعد الحكم لم يؤثر، وللمدعى عليه أن يحلف معه على القضاء، أو الإبراء، وإن كان قبل الحكم، سُئِلَ متى قضاه؟

فإن قال: قبل أن شهدت، فقد أقر ببطلان شهادته، وللمدعي أن يحلف مع الشاهد الآخر، وإن قال: بعد أن شهدت[٦]، فالجواب كذلك[٧] عند صاحب "التلخيص"[٨] وذكر فيما إذا شهد على إقراره بالدين شاهدان، ثم عاد أحدهما، وقال: إنه قضاه أو أبرأه المستحق بعد أن شهدت أن شهادته لا تبطل، بل يقضى بالدين، ويؤخذ إلا أنْ يحلف المدعى عليه مع شاهد القضاء والإبراء، والفرق أن هناك شهد على نفس الحق، والقضاء، والإبراء ينافيانه[٩] فبطلت الشهادة، وهاهنا شهد علىالإقرار

---

(١) في: أ "شهد".

(٢) في: ظ "الفروج".

(٣) في: ب، ظ "تغير وصفه".

(٤) انظر: بهامش العزيز ٢٨٢/١٣، والروضة ١٩٠/١٢.

(٥) في: ظ "للقضاء".

(٦) "فقد أقر . . . بعد ان شهدت" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) في: أ، ب، ظ "فكذلك الجواب".

(٨) في: أ "ذكر".

(٩) في: ظ "منافيان".

والقضاء، والإبراء، لا ينافيانه، فلا تبطل الشهادة، وعن أبي زيد وجهٌ[1] أن شهادته على نفس الحق، لا تبطل أيضاً. والظاهر الفرق.

[م الحادية عشرة] ويقرب من هذا الخلاف، الخلاف فيما إذا ادعى ألفاً، وشهد شاهدان بألف لكن[2] قال أحدهما: قضى منه خمسمائة، ففي وجه لاتصح شهادتهما إلا في خمسمائة، نعم للمدعي أن يحلف للخمسمائة الأخرى مع الشاهد الآخر.

وفي وجهٍ: تصح شهادتهما على الألف. وللمدعي عليه أن يحلف مع شاهد القضاء.

وذكر الفوراني وجهاً آخر: أنه لايثبت بشهادتهما شيء لأنهما لم يتفقا على ما ادعاه.

[م الثانية عشرة] ويقرب من الخلاف قولان: لابن سريج: فيما إذا شهد اثنان: أن فلاناً وكل فلاناً، ثم عاد أحدهما، وقال: إنه عزله بعد أن شهدت[3]. ففي[4] قولٍ: تبطل شهادته، وفي قول: قد تمت[5] شهادة الوكالة، فيعمل بها، والعزل لايثبت بواحد.

[المسألة الثالثة عشرة]: ادعى شريكان فصاعداً حقاً على إنسان، فانكره، يحلف لكل واحد يميناً، فإن رضي الكل بيمين واحدة فوجهان.

في أحدهما: يجوز، لأن الحق لهم، وفي الثاني/ لايجوز كما لايجوز الحكم بشاهد واحدٍ، وإن رضي الخصم[6].

---

(١) في: أ "أوجهٌ أخر".

(٢) في: ظ "بألف مؤجل".

(٣) ورد بهامش العزيز ١٣/٢٨٣ "قال في الخادم: كذا ثبت في عدة نسخ أي من الرافعي "بعد أن شهدت" وصوابه "قبل أن شهدت" حتى يبقى وزان الصورة الأولى، وإلا لم يصح الفرق بينهما، وهذا واضح".

(٤) في: ز "في".

(٥) في: ز "تثبت" شهادته".

(٦) قال النووي في الروضة ١٢/ ٩١ "قلت: الأصح : المنع".

[المسألة: الرابعة عشرة] شهد اثنان على أن الميت أوصى بعتق غانم، وهو ثلث ماله، فحكم الحاكم بعتقه، ثم رجعا عن الشهادة، وشهد آخران أنه أوصى بعتق سالم، وهو ثلث أيضاً ولم يجز الورثة إلا الثلث. حكى في "التهذيب": أنه يقرع بينهما، فإن خرجت[1] للأول رق الثاني، والراجعان يغرمان قيمة الأول للورثة لإقرارهما بأنهما لا يتلفاه إذا أرققناه[2].

قال: وعندي يعتق الثاني بلا قرعةٍ وعلى الراجعين قيمة الأول للورثة، لأنا لو أقرعنا فخرجت القرعة للأول وأرققنا[3] الثاني، لم يذهب شيء[4] من التركة في الوصية.

[المسألة الخامسة عشرة] شهد أحد الشاهدين أنه وكله بكذا والآخر: أنه فوضه إليه أو سلطه عليه تثبت الوكالة.

ولو شهد أحدهما: أنه[5] قال: وكلتك بكذا والآخر: أنه قال: فوضته إليك لم يثبت.

ولو شهد أحدهما: أنه وكله والآخر: أنه أقر بوكالته لم يثبت[6] شيء.

ولو شهد أحدهما: أنه وكله بالبيع والآخر: أنه وكله بالبيع، وقبض الثمن ثبت البيع.

[المسألة السادسة عشرة] ادعى رجل على رجل: أنه اشترى منه هذا العبد، ونقدهُ[7] الثمن، وأعتقه وأقام عليه بينة، وادعى آخر: أنه اشتراه، ونقد الثمن، وأقام عليه بينة، فهما متعارضتان، وذكرُ العتق لايقتضي ترجيحاً.

---

(١) في: ظ "وإن".
(٢) في: ب "أرفقناه".
(٣) في: ب "وأرفقنا".
(٤) في: أ، ب، ظ "من التركة شيء".
(٥) في: ظ "بأنه".
(٦) "ولو شهد أحدهما ... لم يثبت شئ" ليست في: ظ.
(٧) في: ز "نقد".

وفيه وجه لأن العتق كالقبض. وعن[١] نصه - رضي الله عنه - في "الأم" : أنه لو ادعى دابة في يد غيره، وأقام بينة أنها له منذ عشر سنين، فينظر[٢] الحاكم في سن الدابة، فإذا لها ثلاث سنين، لم تقبل هذه البينة[٣]، للعلم بأنها كاذبة.

وإن المسناة الحائلة بين نهر شخصٍ، وأرض آخر في يدهما[٤] كالجدار المائل، لأن الأول يجمع بها الماء في نهره. والثاني يمنع بها الماء عن أرضه.

[المسألة السابعة عشرة] ادعى مائة درهم على إنسان، فقال: قضيت خمسين لم يكن مقراً بالمائة. وكذا لو قال: قضيت منها خمسين لجواز أن يزيد من المائة التي يدعيها، وليس على غير الخمسين.

[المسألة الثامنة عشرة] اختلف الزوجان في متاع البيت، إن كان لأحدهما بينةٌ قضي بها، وإن لم تكن بينة فما اختص أحدهما باليد على حساً[٥]، أو حكما بأن كان في ملكه فالقول قوله مع يمينه، وماكان في يدهما حساً أو كان في البيت الذي يسكنانه[٦] فلكل واحد منهما تحليف الآخر فيه[٧] فإن حلفا[٨] جعل بينهما. وإن حلف أحدهما دون الآخر، قضي[٩] للحالف، ولا فرق بين أن يكون الاختلاف في دوام الزوجية، أو بعد الفراق، ولا بين أن يختلفا هما أو ورثتهما، أو أحدهما، وورثة الآخر، ولا بين مايصلح للزوج، كالسيف والمنطقة، أو للزوجة كالحُلّي، والغزل، أولهما.

---

(١) "و" ليست في: ز.
(٢) في: ب، ز "فنظر".
(٣) في: ظ "الشهادة".
(٤) في: ظ "في يدهما بينهما".
(٥) في: ز "حسنا".
(٦) في: ظ "يسكناه".
(٧) "فيه" ليست في: ظ.
(٨) في: ظ "حلف".
(٩) في: ز "قضي له".

وساعدنا[١] أبوحنيفة: فيما في يدهما حساً، وقال: فيما في يدهما حكماً: إن مايصلح للرجل، يجعل في يد الرجل، وما يصلح للمرأة يجعل في يد المرأة وما يصلح لهما فيروى[٢] أنه يجعل في يدهما، ويروى[٣]: أنه يجعل في يد الزوج.

هذا في حال بقاء الزوجية، وبعد الفراق يُجعلُ للزوج، وإذا مات أحدهما يجعل للحي.

م [التاسعة عشرة] مالك الدار وساكنها بالإجارة اختلفا في متاع الدار، فالقول فيه قول الساكن، فإن تنازعا في زف فيها، نظر: إن[٤] كان مسمراً، أو مثبتا، نص - رضي الله عنه -: أنه يجعل بينهما بخلاف الأمتعة لأن مالك الدار إذا أكرى الدار، تنقل الأمتعة ظاهراً، والرف تارة ينقل ، وتارة يترك وكلٌ محتملٌ.

[المسألة العشرون] تنازعا أرضاً لأحدهما فيهما زرعٌ وبناءٌ أو غراسٌ، فهي في يده، أو دابة[٥]، أو جارية حاملاً، والحمل لأحدهما بالاتفاق، فهي في يده، أو دارٌ لأحدهما فيها متاع فهي في يده، فإن لم يكن المتاع إلا في بيت لم يجعل في يده إلا ذلك البيت. هكذا ذكروه.

م [الحادية والعشرون] ولو تنازعا عبداً، ولأحدهما عليه ثيابٌ، لايجعل صاحب يد في العبد، لأن منفعة الثوب الملبوس[٦] تعود إلى العبد، لا إلى المدعي.

م [الثّانية والعشرون] مدعيان قال أحدهما: استأجرت هذه الدار من زيدٍ سنة في[٧] أول رمضان، وقال الثاني: استأجرتها منه سنة من أول شوال، وأقام كل واحدٍ منهما بينة، قال في "الإبانة": فيه قولان[٨]:

---

(١) انظر: الهداية ١٧٣/٣.
(٢) في: ظ "فيروى عنه".
(٣) في: ظ "فيروى عنه".
(٤) في: ظ "كان ذلك".
(٥) في: ز "أو دابة حاملاً".
(٦) في: أ "الملبود".
(٧) في: ز "من".
(٨) في: ز "فقولان".

أظهرهما: وهو المذكور في "التهذيب" وغيره: أن بينة رمضان أولى، لأنها أسبق تاريخاً.

والثاني: بينة شوال أولى، لأنها ناسخة للأولى.

ويحتمل أنهما تقابلا، واستأجر الثاني في شوال، وليجيء هذا في بينتي[١] البيع على ضعفه.

م [الثالثة والعشرون] قامت بينة على أن هذا ابنه لايعرف له وارثاً سواه يثبت نسبهما، فلعل[٢] كل واحدة اطلعت على مالم تطلع عليه الأخرى.

وفيما جمع من فتاوى القفال، وغيره:

م [الرابعة والعشرون] أن الضيعة إذا صارت معلومة بثلاثة[٣] حدود، جاز الاقتصار على ذكرها، وهذا خلاف ما نقلناه في "باب القضاء على الغائب" عن إطلاق ابن القاص. قال: لكن[٤] لو ذكر الشهود الحدود الأربعة، وأخطأوا في واحدٍ، لاتصح شهادتهم. وترك الذكر خير من الخطأ، لأنهم إذا أخطأوا لم تكن بتلك[٥] الحدود ضيعة[٦] في يد المدعى عليه.

وإذا غلط المدعي، فقال المدعى عليه: لايلزمني تسليم دارٍ بهذه الصفة، كان صادقاً.

ولو حلف كان باراً، وإن لم ينكر، وقال: لا، أمنعه الدار التي يدعيها سقط دعوى المدعي، فإن[٧] ذهب إلى الدار التي في يده ليدخلها[٨]، فله أن يمنعه، ويقول: هي

---

(١) في: ب "سنبين".

(٢) في: أ، ب "لكل".

(٣) في: ظ "بثلاث".

(٤) في: ز "لكن قال".

(٥) في: ب، ظ "بذلك".

(٦) في: ظ "جميعه".

(٧) في: أ "وإن".

(٨) في: ز "لدخله".

غير[1] ما ادعيت. فأما عند الإصابة في الحدود، إذا قال: لا أمنعك منها، لم يكن له المنع إذا ذهب ليدخلها.

فإن قال: ظننت أنه غلط في الحدود، لم يقبل.

ولو قال: إنما قلت لا أمنعك، لأن الدار لم تكن في يدي يومئذٍ ثم صارت في يدي، وملكي، قبل منه، وكان له المنع إذا حلف عليه.

م [الخامسة والعشرونن] وفيه أن دعوى العبد على سيده أنه أذن له في التجارة، لاتسمع إن لم يشتر، و لم يبع شيئاً، وإن اشترى ثوباً وجاء البائع يطلب الثمن من كسبه، فأنكر السيد الإذن، فللبائع أن يحلفه على نفي الإذن، فإن حلف، فللعبد أن يحلفه مرة أخرى، ليسقط الثمن عن ذمته، وإن باع العبد[2] عينا. وقبض الثمن، وهلك في يده، وجاء المشتري يطلب تلك العين، فقال/ السيد: لم آذن له في البيع، حلف، فإن حلف ٥٩٧/ز حكم ببطلان البيع، وللعبد تحليفه لإسقاط الثمن عن ذمته.

م [السادسة والعشرون] وأنه لو ادعى ألفاً[3] على غيره، وأقام شاهداً، وأراد أن يحلف معه، فأقام المدعى عليه شاهداً بأن المدعي أقر: أنه لا حقَّ له عليه، له أن يحلف مع شاهده، وإذا حلف، سقط دعوى المدعي.

م [السابعة والعشرون] وأنه يجوز للمالك أن يدعي على [الغائب][4] وعلى الغاصب من الغاصب.

فإن ادعى على الأول: أنه يلزمه ردُّ الثوب بصفة كذا، أو قيمته كذا، فليس للغاصب[5] أن يحلف على أنه لايلزمه، لأنه إن قدر على الانتزاع لزمه، الانتزاع والرد، وإلا فعليه القيمة.

---

(١) "غير" ليست في: ظ.

(٢) في: أ "السيد". وفي: ظ "السيد عبداً". وفي: ب "عيناً للسيد".

(٣) في: أ "القاضي".

(٤) الذي أثبتناه من الروضة ١٢/٩٤. والذي في جميع النسخ هو "الغاصب".

(٥) في: ظ "على الغاصب".

م [الثامنة والعشرون] وأنهم لو شهدوا على أن هذه الدار اشتراها المدعي من فلان، وهو يملكها، ولم يقولوا أنها الآن ملك المدعي، ففي قبول هذه الشهادة قولان، كمالو شهدوا: أنها كانت ملكه بالأمس[١]، والمفهوم من كلام الأكثرين أنها مقبولة كافية.

م [التاسعة والعشرون] وأنه إذا ادعى على إنسان حق القصاص بقتل نسبه إليه، وكان عند الحاكم أنه لاقصاص بذلك، فجاء رجل، وروى خبراً عن رسول الله ﷺ: أنه يوجب القصاص[٢]، فاقتص الحاكم منه، ثم رجع الراوي، وقال: كذبت، وتعمدت، لم يجب القصاص عليه، بخلاف الشهادة، لأن الرواية لا تختص بالواقعة.

م [الثلاثون] وأنه إذا غصب المرهون من المرتهن، كان لكل واحدٍ من الراهن والمرتهن أن يدعيه على الغاصب، والراهن. يقول في دعواه: إن لي ثوباً كنت رهنته من فلان، وأنه غصبه[٣] منه، ويلزمه الرد إلي.

ولو اقتصر على قوله: إن لي عنده ثوباً صفته كذا، ويلزمه التسليم إلي جاز. ولا بُعْدَ في أن يقول: ويلزمه التسليم إليَّ[٤]. فإن يد المرتهن يد الراهن، ولهذا لو نازعه منازعٌ في المرهون كان القول قول الراهن. وإن كان المرهون في يد المرتهن، لأن يده يده.

م [الحادية والثلاثون] وأن الغريب الذي دخل البلد لاتجوز الشهادة على أنه حرُّ الأصل، وإنما تجوز الشهادة على أن فلاناً حرُّ الأصل، إذا عرف حال أبيه، وأمه، وعُرِفَ النكاح، وحدوثه بينهما.

وتجوز الشهادة، وإن لم يشاهد الولادة، كما تجوز الشهادة على أنه ابن فلان.

م [الثانية والثلاثون] وأنه إذا ادعى داراً في يدي رجل[٥]، وأقام بينة أنه اشتراها

---

(١) في: ظ "لأمس".
(٢) بقتل نسبه ... يوجب القصاص" ليست في: ظ.
(٣) في: ب "غصبت".
(٤) "جاز. ولا بعد ... التسليم إليَّ" ليست في: أ.
(٥) في: ز "إنسان".

منه، وأقام صاحب اليد بينة أنه وهبها منه، و لم تتعرض البينتان لتاريخ[١] فيتعارضان.

ولهذا الاختلاف أثرٌ عظيم[٢] عند ظهور الاستحقاق، وإذا وجد عيباً[٣] وأراد رده، واسترداد الثمن.

م [الثالثة والثلاثون] وأنه إذا ادعى داراً في يد إنسان، وأقام بينة أنها ملكه، وجاء آخر يدعيها، وأقام بينة على أنه اشتراها من فلان رجل آخر يوم كذا، و لم يقولوا: إنه كان يملكها يومئذ لكن[٤] أقام بينة أخرى أنه كان يملكها يومئذٍ، سمعت هاتان البينتان وصارتا كبينة واحدةٍ، فيحصل التعارض بينهما[٥] وبين بينة المدعي الأول.

م [الرابعة والثلاثون] وأنه إذا ادعى داراً، وأقام بينة على أنها ملكه، وانتزعها من يدي المدعى عليه، وجاء آخر بعد مدة طويلة، أو يسيرة يدعيها، وأقام بينة على أنه اشتراها من المدعى عليه الذي[٦] كانت الدار[٧] في يده وكان يملكها يومئذ، يقضى بالدار لمدعي الشراء[٨]، وكان كما لو أقام صاحب اليد البينة قبل الانتزاع من[٩] يده.

م [الخامسة والثلاثون] وأنه إذا ادعى اثنان داراً في يد ثالث، فأقام[١٠] أحدهما بينة أنها ملكه، ثم أقام الثاني بينة على أنه اشتراها من المدعي الأول[١١]، فإن قامت بينة الثاني بعد القضاء للمدعي الأول ببينته، فيقضى للثاني على الأول، ولا يشترط أن يقول شهوده اشتراها من الأول، وهي ملكه، وإن[١٢] قامت قبل القضاء للأول، فإن قالوا:

---

(١) "و لم تتعرض البينتان لتاريخ" ليست في: ز.
(٢) "عظيم" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) في: أ "عيناً".
(٤) "لكن" ليست في: أ.
(٥) في: ب "بينها".
(٦) في: ز "التي".
(٧) في: ز "في يده الدار" وليست في: ظ.
(٨) "لمدعي الشراء" ليست في: أ، ب، ظ.
(٩) في: أ، ب، ظ "منه".
(١٠) في: أ، ب "وأقام".
(١١) "فأقام ... الأول" ليست في: ظ.
(١٢) في: ظ "فإن".

اشتراها منه وهو يملكها انتزعت الدار[١] مـن صـاحب اليـد، وقضـي بهـا للثـاني، وإن لم يتعرضوا للملك، فلا يقضى بها للثاني[٢] مـا لم يقـض لـلأول بـالملك، ولكـن تسـمع بينـة الثاني على الأول، وإن لم يقض له بعد.

وهذه المسألة قد حكيناها[٣]، وهذا التفصيل كالشرح، والإيضاح لما مر.

م [السادسة والثلاثون] وأنه لو كانت في يد رجلٍ دار، فادعى إنسان أنه اشـتراها من ثالث بعدما اشتراها الثالث من صاحب اليد، وأنكر صاحب اليـد، فلـه أن يقيـم بينـة على البيعين[٤]، وله أن يقيم على هذا[٥] بينـة، وعلـى هـذا بينـة، ولا بـأس بما يتفـق مـن التقديم والتأخير.

م [السابعة والثلاثون] وأنه[٦] إذا أراد الشهود إقامة الشـهادة على شراء دارٍ قـد تبدلت حدودها من[٧] يوم الشراء يشهدون أنه اشـترى داراً منـذ عشـر سـنين مثـلاً، مـن فلان، وهو يملكها، وكان يومئذٍ ينتهي أحد[٨] حدودها إلى كذا، والثـاني: إلى كـذا، ثـم على المدعي أن يقيم البينة على كيفية تبدل تلك الحدود، فيشـهد الشـهود، بـأن[٩] الـدار التي كانت في يد فلان انتقلت إلى فلان، والتي كانت في يد فلان، انتقلت إلى فلان حتـى يقضى له.

م [الثامنة والثلاثون] وأنه إذا ادعى داراً في يد غيره، وأقام بينة علـى أنهـا ملكـه، فقال القاضي عرفت[١٠] هذه الدار ملكاً لفلان، وقد مـات وانتقلـت[١١] إلى وارثـه فأقـام

---

(١) "انتزعت الدار" ليست في: أ.
(٢) "للثاني" ليست في: أ.
(٣) انظر: ص٨٥١ وما بعدها.
(٤) في: أ "التعيين".
(٥) "هذا" ليست في: أ.
(٦) "وأنه" ليست في: ز.
(٧) في: ب "في".
(٨) "أحد" ليست في: ز.
(٩) في: ز "أن".
(١٠) في: ز "أنا عرفت".
(١١) في: أ، ب "وانتقل".

بينة على تملكه منه، فله ذلك، وتندفع بينته. وليكن هذا جواباً على أنه يقضي له بعلمه.

م [التاسعة والثلاثون] وأنه لو ادعى داراً في يد غيره، وقال المدعى عليه: ليست الدار في يدي، ولا أحُولُ بينك وبينها. فقد أسقط الدعوى عن نفسه، فيذهب المدعي إلى الدار، فإن لم يدفعه أحد، فذاك، وإن دفعه ادعى على الدافع، فإن قال المدعي: إنه يكذبُ في قوله: إن الدار ليست في يدي، وإني غير حائلٍ لم يلتفت إليه.

٥٩٨/ز م [الأربعون] وأنه لو باع/ داراً ثم قامت بينة الحسبة، أن أبا البائع قد وقفها، وهو يملكها على ابنه البائع، وبعده على الأولاد، ثم على المساكين، انتزعت الدار من المشتري، ويرجع بالثمن على البائع، والغلة الحاصلة في حياة البائع تصرف إلى[1] البائع إن[2] كذب نفسه وصدق الشهود.

وإن أصرَّ على إنكار الوقف، لم تصرف إليه بل، يوقف، فإن مات صُرِفَ إلى أقرب الناس إلى الواقف.

ولو ادعى البائع أنه وقف لم تسمع بينته، والتقييد بالبينة يشعر بأنه تسمع دعواه، وله أن يحلف الخصم.

وذكر العراقيون: أنه تسمع بينته أيضاً، إذا لم يصرح بأنه ملكه، بل يقتصر على البيع. وفي "التجربة للروياني: أنه لو باع شيئاً، ثم قال: بعته، وأنا لا أملكه، ثم[3] ملكته[4] بالإرث من فلان، فإن قال حين باع[5]: إنه ملكه، لم تسمع دعواه، ولا بينته.

وإن لم يقل ذلك بل اقتصر على قوله: بعتك، سمعت دعواه.

---

(١) في: ظ "على".
(٢) في: ظ "فإن".
(٣) في: ز "لأن".
(٤) "ملكته" ليست في: ظ.
(٥) في: ظ "باعه هو".

وإن لم تكن له بينةٌ[١]، حلف المشتري: أنه[٢] باعه وهو[٣] يملكه[٤]، قال: وقد نص - رضي الله عنه - عليه في "الأم" وغلط من قال: غيره.

وكذا لو ادعى: أن المبيع وقف عليه.

سئل القاضي حسين عن كيفية الشهادة على التحديد، فقال: بالفارسية: (نهفته دانيم أورا بكر ماوه وعروسي ومصيبتها، ونظارة وينازارنرود)[٥] إلا عند الحاجة والضرورة.

م [الحادية والأربعون] وفي فتاويه: أنه لو ادعى عليه عشرة، فقال: لايلزمني تسليم هذا المال اليوم، لا يُجعل[٦] مقراً به، لأن الأقارير، لاتثبت بالمفهوم.

وإن بينتي الوقف، والملك[٧] تتعارضان كبينتي الملك.

م [الثانية والأربعون] وأنه إذا ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأخاً وأختاً، فادعى الزوج أن التركة كلها له، يجعل المال نصفين:

أحدهما: للزوج: بحكم اليد، والثاني: للميتة، إلا أن النصف الذي يجعل في يد الزوج، إنما يجعل بعد اليمين لاحتمال أنها لو كانت حيةً لادعت الكل، وحلف الزوج. فإن كان الأخ غائباً، والأخت حاضرة، يحلف في حق الأخت، فإذا رجع الأخ، حلف أيضاً، فإن أقامت الأخت بينة على أن الكل لها، ولأخيها، سمعت بينتها، وثبت حق الأخ.

---

(١) في: ز "بينة له".

(٢) في: ز "لقد".

(٣) "وهو" ليست في: ظ.

(٤) في: ز "ملكه".

(٥) جملة فارسية: معناها: " . . . بالحمام وسرا وحكاياتها دار اؤها، واحتياجاتها بالخارج". انظر: هامش العزيز ٢٨٩/١٣.

(٦) "لايجعل" ليست في: أ.

(٧) في: أ، ب، ظ "الملك والوقف".

م [الثلاثة والأربعون] وإن من حبسه القاضي لم يجز إطلاقه إلا برضا خصمه، أو بثبوت[1] إعدامه، وإذا ثبت أطلقه، وإن لم يرض الخصم، وإذا[2] أطلقه برضا الخصم فأراد إقامة البينة على إعدامه، لم تسمع، لأنه لا حبس عليه، والحالة هذه بخلاف ما إذا كان مستحقاً عليه.

وإن حق[3] إجراء الماء في أرض الغير، أو على سطحه، أو طرح الثلج في ملكه، تجوز الشهادة عليه إذا رآه مدة مديدة من غير مانع[4]، ولا يكفي أن يقول: رأينا ذلك سنين، وإن كان ذلك مستندُ شهادتهم.

م [الرابعة والأربعون] سُئِلَ الشيخ أبوإسحاق الشيرازي: عن رجلين تنازعا في حصة: ادعى أحدهما: أنها ملكٌ له، وأقام بينة[5] عليه، وادعى الآخر أنها وقف عليه[6]، ولم يُقِمْ عليه بينة، فحكم الحاكم لمدعي الملك، ثم تنازع فيها مدعي الملك، وآخر يدعي وقفها[7]، فأقام مدعي الملك البينة على حكم الحاكم له بالملك فيها، وأقام مدعي الوقف البينة على الوقفية، فرجح الحاكم[8] بينة الملك ذهاباً إلى أن الملك الذي حكم به يتقدم على الوقف الذي لم يحكم به، ثم تنازع مدعي الملك فيها مع آخر يدعي وقفها[9]، وأقام مدعي الملك البينة على حكم الحاكم له بالملك، وتقديم جانبه، وأقام الآخر البينة على أن الوقف الذي يدعيه، قد قضي بصحته قبل الحكم بالملك وترجيحه[10] على الوقف، هل يرتد[11] حكم الحاكم بذلك، فقال: نعم، يقدم الحكم بالوقف على الحكم

---

(١) في: ب، ظ "ثبوت".
(٢) في: ب "وإن".
(٣) في: أ، ز "عليه بينة".
(٤) انظر هامش العزيز ١٣/٢٩٠.
(٥) في: أ، ز "عليه بينة"
(٦) "عليه" ليست في: أ، ظ.
(٧) في: أ "أوقفتها".
(٨) في: ظ "فترجح".
(٩) في: ظ "وقفتها".
(١٠) في: ظ "مترجحة".
(١١) في: ب "يرتد".

بالملك[١]، وينقض الحكم بالوقف للحكم بالملك.

م [الخامسة والأربعون] وسئل عمن اشترى ضيعة، وبقيت في يده مدة، فخرجت الضيعة وقفاً وانتزعت، هل عليه أجرة المثل للمدة التي كانت في يده؟ فقال: نعم.

م [السادسة والأربعون] وسئل عن رجل وقف ملكاً، وأقر أن حاكماً حكم بصحته، ولم يسم الحاكم، ولا عينهُ، ثم رجع عنه، ورفع الأمر إلى حاكمٍ[٢] يرى جواز الرجوع. هل له الحكم بنفوذ الرجوع؟ فقال: لا.

م [السابعة والأربعون] وفي فتاوى صاحب "الكتاب": أنه إذا ادعى داراً في يد غيره، فقال المدعى عليه: اشتريتها من زيد فأقام المدعي بينة على إقرار[٣] زيد له بالدار قبل البيع، ولم يعرف[٤] التاريخ، فقال[٥]: تقرر الدار في يد المدعى عليه.

م [الثامنة والأربعون] وأنه إذا خرج المبيع مستحقاً، فادعى المشتري الثمن على البائع، وقال: سلمته إليه في مجلس العقد، فأنكر وأراد إقامة البينة على أنه لم يقبض منه شيئاً في مجلس[٦] العقد، لم تسمع هذه البينة، لأنها على النفي، وإنما تسمع البينة على النفي في[٧] مواضع الحاجة، كالإعسار، وقد يقع التسليم على غفلة منه في لحظة يسيرة.

م [التاسعة والأربعون] وأنه إذا ادعت المرأة: أنه نكحها[٨]، ثم طلقها، وطلبت شطر الصداق، أو أنها زوجة فلان الميت، وطلبت الميراث، فمقصودها المال، فيثبت بشاهد ويمين، وبرجل[٩] وامرأتين.

---

(١) انظر: هامش العزيز ١٣/١٩١.

(٢) في: أ "الحاكم".

(٣) في: أ "إقراره".

(٤) في: ظ "وجهل".

(٥) "فقال" ليست في: أ، ب، ظ.

(٦) في: ز "في مجلس العقد شيئاً".

(٧) "وإنما تسمع البينة على النفي في" ليست في: أ.

(٨) في: أ "أنها".

(٩) في: أ، ب، ظ "وبشاهد".

م [الخمسون] وفي فتاوى الشيخ الحسين الفراء: أنه إذا ادعى رجل نكاح امرأة، فأقرت[١] بأنها زوجته منذ سنة، ثم جاء، وأقام بينة أنها زوجته، نكحها منذ شهرٍ، يُحكم للمقر له، لأنه قد يثبت بإقرارها النكاح الأول[٢]، فما لم يثبت الطلاق، لا حكم لنكاح[٣] الثاني.

م [الحادية الخمسون] وأنه إذا تحاكم رجل، ومرأة بكر، إلى فقيه ليزوجها منه، وجوزنا التحكيم فيه، فقال المحكم: حكمتني لأزوجك من هذا، فسكتت، كان سكوتها إذناً. كما لو استأذنها الولي، فسكتت.

م [الثانية والخمسون] وأنه إذا حضر عند القاضي رجل وامرأة، واستدعت[٤] تزويجها من الرجل، وذكرت أنها زوجة فلان، فطلقها، أو مات عنها، فلا يزوجها القاضي مالم تقم /حجة على الطلاق، أو الموت، لأنها أقرت بالنكاح لفلان . ٥٩٩/ز

م [الثالثة والخمسون] وعن ابن القاص أن من أنكر[٥] الحلف بالطلقات الثلاث، يحلف أنه ماقال لها: إن دخلت الدار، فأنت طالق ثلاثاً، ولا هي بائن منه بثلاث.

وعن الشيخ أبي زيد: أنه يكفيه الاقتصار على أنها لم تبن منه بثلاث.

ووجه الأول، بأنه قد يحلف متأولاً على قول حجاج بن أرطأة[٦]، ومن تابعه: إن الطلقات الثلاث لاتقع مجموعة، أو على قول من يصحح اليمين الدائرة، فيشدد عليه ليتعرض[٧] للحادثة.

---

(١) في: أ، ب، ظ "فأقر".

(٢) في: أ، ب "للأول".

(٣) في: ب، ظ "للنكاح".

(٤) في: أ "فاستدعت".

(٥) في: ز "نكر".

(٦) مكرر: هو حجاج بن أرطأة ابن تورين بن هبيرة.. النخعي الكوفي أبو أرطأة الفقيه أحد الأئمة في الحديث والفقه- من تابعي التابعين كان بارعاً في الحفظ والعلم سمع عطاء والشعي والزهري وغيرهم من التابعين، وروى عنه محمد بن إسحاق وهو تابعي وغيره.
انظر: ترجمته تهذيب الأسماء واللغات ١٥٢/١. ١٥٣.

(٧) في: ظ "ليعرض الحادثة".

ويجوز أن يقال: يُنظر إلى جوابه إذا ادعت الطلاق، فإن قال: لم تبن مني، كفاه اليمين عليه.

وإن قال: لم أحلف بطلاقها، حلف عليه.

م [الرابعة والخمسون] حكى القاضي أبوسعد العبادي[1]: أن من ادعى عليه وديعة، فقال: لايلزمني دفع شيء إليه لم يكن هذا جواباً، لأن المودع لايلزمه الدفع إنما عليه[2] التخلية.

والجواب الصحيح، أن ينكر أصل الإيداع، أو يقول: هلكت في يدي، أو ردتتها؛ وهذا يخالف ظاهر[3] كلام الأئمة، ألا ترى أنا نقول: فيمن جحد الوديعة، فقامت بينة على الإبداع، فادعى تلفاً، أو رداً قبل الجحود[4]، ينظر: إن كانت[5] صيغة جحوده، إنكار أصل الوديعة، فالحكم كذا، وإن كانت صيغة جحوده: لا يلزمني[6] تسليم شيء إليك، فالحكم كذا؟ فإما أن يقدر خلافٌ، أو يؤول ما أطلقوه[7].

م [الخامسة والخمسون] وأنه لو أقام بينة أنه أجيرُ فلان لحفظ سفينته هذه بعشرة دراهم، وأقام صاحب السفينة بينة: أنه أجرها منه بعشرة دراهم، فالبينتان متعارضتان[8].

وعن أبي حنيفة: أن بينة الأجير أولى.

م [السادسة والخمسون] وأنه لو شهد شاهدان بأن الكلب ولغ في هذا الإناء،

---

(١) في: أ "عن أبي عاصم".
(٢) في: ظ "إنما يلزمه".
(٣) "ظاهر" ليست في: ظ.
(٤) في: أ "المجحود".
(٥) في: ظ "وكان".
(٦) في: أ، ظ "أن".
(٧) قال النووي في الروضة ١٢/ "الذي قاله ابن القاص صحيح، وتأويل كلامهم متعين، وهو أنهم أرادوا إذا جرى منه هذا اللفظ، فحكمه كذا، لأن القاضي يقنع منه بهذا الجواب مع طلب الخصم الجواب. والله أعلم.
(٨) في: ظ "متعارضان".

و لم يلغ في[1]هذا، وآخران على ضد ذلك، تتعارض البينتان، ولو لم يقولوا: لم يلغ في هذا الإناء[2]، فالإنآن نجسان، وهذه شهادة إثبات، ونفي. ويمكن أن يصور التعارض من غير التعرض للنفي، بأن يعينا[3] وقتاً لايمكن فيه إلا ولوغٌ واحدٌ.

م [السابعة والخمسون] وأنه لو شهد شاهدان بالقتل على رجل في وقت معين، وآخران: بأنه لم يقتلْ في ذلك الوقت، لأنه كان معنا[4] و لم يغب عنا تتعارض البينتان.

قد سبق من نظائر هذا مايخالفه.

وأن من أراد أن يدعي، ويقيم البينة من غير أن يعترف للمدعى عليه باليد، فطريقه أن يقول: الموضع الفلاني ملكي، وهذا يمنعني منه تعدياً، فمرة يمكني[5] منه.

---

(١) "في" ليست في: ز.

(٢) "الإناء" ليست في: أ.

(٣) في: ظ "عيناً".

(٤) في: أ "معيناً".

(٥) في: أ "يمكنني".

[قال الرافعي] الباب الثاني: في دعوى النسب وإلحاق القائف[(١)].

قال في الصحاح[(٢)] الدعوة بالكسر في النسب، والدعوة إلى الطعام بالفتح. وهو في الأصل مصدر يريدون الدعاء إلى الطعام.

وهذا أكثر كلام العرب. ومنهم من يفتح الدال في النسب ويكسرها في الطعام[(٣)].

(قال حجة الإسلام[(٤)] [الغزالي] رحمه الله: وله أركان الأول المستلحق، ويصح استلحاق الحرِّ، والعبد، والمعتق، وفي العبد، والمعتق، وجهٌ أنه لايثبت نسبه بمجرد الدعوة[(٥)]، لما فيه من قطع الولاء، ويصح استلحاق المرأة في أحد الوجهين، وفي وجهٍ ثالث لاتصح إلا إذا كانت خلية عن الزوج).

[فصل: في أدلة مشروعية القيافة واعتبار قول القائف]

[قال الرافعي] معظم مقصود الباب، الكلام في القائف، وشرطه. فأما الاستلحاق وما يعتبر فيه في[(٦)] المسَتلْحِق، والمستَلْحَق[(٧)]، فالقول فيها[(٨)]، قد مرَّ بعضه في كتاب اللقيط[(٩)]، وأكثره في باب الإقرار بالنسب[(١٠)].

---

(١) القائف لغة: متبع الأثر، والجمع قافة، كبائع وباعه. انظر: المصباح المنير ٥١٩/٢. سمي بذلك لأنه يقفو الأشياء، وشرعا: "من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك" مغني المحتاج ٤٨٨/٤.

(٢) في: أ "الصحيح" وهو خطأ.

(٣) انظر: مقاييس اللغة ٢٧٩/٢ و ٢٨٠، لسان العرب ٣٥٩/٤، مادة الدعاوى. والمصباح المنير ١٩٥/١ - ١٩٦.

(٤) "حجة الإسلام" ليست في: ز. وفي: ظ "قال الإمام المصنف".

(٥) في: ظ "الدعوى".

(٦) في: أ "ففي".

(٧) "في المستلحق والمستلحق" ليست في: ظ.

(٨) في: ز "فيه".

(٩) انظر: الوجيز ٢٥٧/١ و ٢٥٨ والعزيز ٤١١/٦ وما بعدها.

(١٠) انظر: الوجيز ٢٠٢/١، والعزيز ٣٥٢/٥.

وصدَّر الشافعي – رضي الله عنه – الكلام في[1] القيافة بما روي عن عائشة – رضي الله عنها – قالت: دخل عليَّ رسول الله ﷺ أعرف السرور في وجهه. فقال: ألم تريْ أنَّ مُجَزِّزاً المدلجي[2] نظر إلى أسامة وزيدٍ عليهما قطيفةٌ قد غطيا رؤوسَهُما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعضٍ[3].

ثم احتج بعد الرواية فقال:

لو لم تكن القيافة عِلْماً، و لم يكن لها اعتبار أو[4] عليها[5] اعتمادٌ، لمنعه من المجازفة.

وقال له[6]: لا تقل مثل هذا، فإنك إن أصبت في شيءٍ أخطأت في غيره، وكان في خطابك قذفُ محصنةٍ ونفي نسب.

والنبي ﷺ : لا يُقرُّ إلا على الحقِّ، ولا يُسَرُّ إلا بالحقِّ.

قال الأئمة: وسبب سروره بما قال مجززٌ: أن المشركين كانوا يطعنون في نسب أسامة، لأنه كان طويلاً، أقنى الأنف، أسود، وكان زيدٌ قصيراً، أخنس الأنف، بين السواد والبياض، وقصد بعض المنافقين بالطعن مغايظة رسول الله ﷺ ، لأنهما كانا حِبَّيْه. فلما قال المدلجيُّ ذلك، وهو لا يرى إلا أقدامهما، سُرَّ به.

ورويَ أن عمر رضي الله عنه. دعا قائفاً في رجلين ادعيا مولوداً[7]. وشك أنس

---

(١) انظر: الأم ٢٤٧/٦، والمختصر ص ٣١٧، والحاوي ٤١٢/٢١.

(٢) هو: محرز بن الأعور بن جعدة ... الكناني المدلجي. كان عارفاً بالقيافة. حكى عنه النبي ﷺ قوله لما رأى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد ... الحديث" الذي أخرجه البخاري ومسلم في صحيحهما وأصحاب السنن وأحمد وغيرهم.
انظر: تهذيب التهذيب ٤٢/١٠ و ٤٣، ومسلم بشرح النووي ٤٠/١٠.

(٣) الحديث أخرجه البخاري ٢١٣/٤، كتاب فضائل الصحابة، باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبي ﷺ ومسلم بشرح النووي ٤٠/١٠ و ٤٢، من كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد.

(٤) في: أ "و" وفي: ب "ولا".

(٥) "أو عليها" ليست في: ظ.

(٦) "وقال له" ليست في: ظ.

(٧) "روي أن عمر – رضي الله عنه ..." قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١١/٤ "... الشافعي والبيهقي بسند صحيح إلى عروة: أن عمر دعا قائفاً، فذكره، وعروة عن عمر منقطع".
=

ابن مالك - رضي الله عنه - في ابن له، فدعا له القائف[1]

وساعدنا مالك[2]، وأحمد[3] - فيما رَوَى الشيخ أبوحامد على اعتبار قول القائف، وقال أبوحنيفة[4]: لا اعتبار به.

ومما يتعجب منه في شأن القيافة[5]، ما حكى الصيدلاني، وغيره، عن القفال، عن الشيخ أبي زيد عن ابن إسحاق قال: كان لي جارٌ ببغداد، له مالٌ، ويسارٌ، وكان له ابنٌ يضرب إلى السواد، ولون الرجل لا يشبهه، فكان[6] يعرضُ بأنه ليس منه.

قال: فأتاني، وقال: عزمت على الحج، وأكثر قصدي أن استصحب ابني، وأُريهُ بعض القافة، فنهيته، وقلت: لعل القائف يقول بعض ما تكره، وليس لك ابن غيره، فلم ينته، وخرج فلما رجع قال لي: إني[7] استحضرتُ مدلجياً، وأمرت بعرضه عليه في عدة رجال، كان فيهم الذي يرمى بأنه منه، وكان معنا في الرفقة، وغبت عن المجلس[8] فنظر القائف فيهم، فلم[9] يُلحِقْهُ بأحدهم، فأخبرتُ بذلك، وقيل لي: احضر، فلعله/ يلحقه ٦٠٨/ز
بك، فأقبلت على ناقةٍ يقودها عبدٌ لنا أسودُ كبير، فلما وقع نصره علينا قال: الله أكبر، ذاك الراكب أبو هذا الغلام، والقائد الأسود أبو الراكب، فغُشيَ عليَّ من صعوبة

= انظر: الأم ٢٤٧/٦ باب دعوى الولد - والبيهقي ٤٤٤/١٠، من كتاب الدعوى والبينات، باب القافة ودعوى الولد.

(١) "حديث أنس بن مالك: شك في ابن له، فدعا القائف" قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١١/٤ "الشافعي وابن أبي شيبة من رواية حميد عن أنس" وانظر: الأم ٢٤٧/٦، باب دعوى الولد.
وانظر: السنن الكبرى للبيهقي ٤٤٧/١٠، كتاب الدعوى والبينات، باب القافة ودعوى الولد.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٢٢، ومواهب الجليل ٢٤٧/٥.

(٣) انظر: المقنع ص ١٦١.

(٤) انظر: الهداية ١٧٨/٣.

(٥) انظر: الحاوي ٢١٤/٢١، وما بعدها، والوسيط ٤٥٣/٧، والروضة ١٠١/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٨/٤.

(٦) في: أ "وكان".

(٧) "إني" ليست في: أ، ب، ظ.

(٨) "كان فيهم الذي ... وغبت عن المجلس" ليست في: ظ.

(٩) في: ز "ولم".

ماسمعت، ولما رجعت ألححتُ على والدتي لتخبرني، فأخبرتني: أن أبي طلقها ثلاثاً، ثم ندم، فأمر هذا العبد بنكاحها للتحليل، ففعل، فعَلِقَتْ منه، وكان ذا مال كثير قد بلغ الكبر، وليس له ولدٌ فاستلحقه ونكحني ثانية.

وقوله في الكتاب "وله ثلاثة أركان" أي للباب بترجمته، ولا يَحْسُنُ رد الكتابة إلى إلحاق القائف، لأنه جعل أحد[1] الأركان المستلحق، والاستلحاق لا[2] يشترط في إلحاق القائف، بل الولد قد يعرض على القائف، ويلحقه القائف من غير استلحاق على ما سيأتي.

والاستلحاق لا يحوج إلى إلحاق القائف في الأغلب.

[فصل: الركن الأول في المستلحق وما يعتبر فيه].

وهل يعتبر في المستلحق الحرية؟ فيه خلاف قد ذكرناه في باب "اللقيط".

والأصح[3]: أنه لايعتبر بل يصح استلحاق العبد كاستلحاق الحر.

ويجري الخلاف في العتق بالترتيب، وكيف الترتيب؟ ذكرنا في "اللقيط" أن المعتق أولى، بأن يصح استلحاقه، لأنه قادرٌ على النكاح، والتسري استقلالاً. ومنهم من عكس وقال: استلحاقه أولى بالمنع، لأن الولاء حاصلٌ عليه في الحال، وهو بالاستلحاق يقطعه، والعبد لا ولاء عليه في الحال.

وقوله "وفي العبد، والمعتق وجه".

المشهور في المسألة اختلاف القول لا اختلاف الوجه.

ويمكن أن يُعْلَمَ بالواو، لطريقتين ذكرناهما في "باب اللقيط".

وقوله: "لا يثبت نسبه بمجرد الدعوى"[4] يعني أنه لايكفي الاستلحاق[5] وحده،

---

(١) "جعل أحداً" ليست في: أ.

(٢) في: أ "ولا".

(٣) انظر: الوجيز ٢٥٨/١، والعزيز ٤٢٠/٦.

(٤) في: ز ، ط "الدعوة".

(٥) في: ب "للاستلحاق".

بل لابد من ظهور نكاح أو وطءٍ شبهة ليثبت النسبُ.

وهل تشترط الذكورة في المستلحَق أم يصح استلحاق المرأة؟ فيه ثلاثة أوجه[١] قد ذكرها في اللقيط، وهي مكررة هاهنا.

(قال [الغزالي]: الركن الثاني: الملحقُ: وهو كل مدلجي مجربٍ أهلٍ للشهادة وفي غير المدلجي إذا تعلّم[٢] القيافة وجهان. وتجربته بأن يُعْرَض ولد[٣] بين ثلاثة أصناف من النسوة ليست فيهن أُمُّهُ، ثم في صنف رابع فيهن أمهُ، فإن أصاب في الكل قُبِلَ قوله بعد ذلك، والصحيح: أنه يشترط في القائف الذكورة والحرية، ولا يشترط العدد).

[فصل: الركن الثاني في الملحق وما يعتبر فيه من صفات]

[قال الرافعي] الملحق: هو القائف، ولتكن فيه صفات.

منها: ما اتفقوا على اعتبارها، ومنها ما اختلفوا فيه.

فمنها: كونه مدلجياً، وفيه وجهان أحدهما: أنه شرط[٤]، لأن الصحابة رضي الله عنهم - رجعوا إلى بني مدْلِجٍ دون سائر الناس[٥]، وقد يَخُصُّ الله تعالى جماعة بنوع من المناصب والفضائل، كما خصَّ قريشاً بالإمامة.

والثاني: أنه ليس بشرطٍ، وسائر الناس من العرب، والعجم، يشاركونهم فيه، لأن القيافة نوع من العلم، فمن تعلمه، عمل بعلمه.

والأول: الأصح عند الإمام، وصاحب الكتاب[٦].

والثاني: أصح عند العراقين، وأكثر الأصحاب.

---

(١) "أظهرها: المنع". انظر: العزيز ٤١٣/٦ و ٤١٤.

(٢) في: ز "علم".

(٣) في: ظ "ولد ولد".

(٤) في: ظ "يشترط".

(٥) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١١/٤ "قوله: يروى عن الصحابة أنهم رجعوا إلى بني مدلج، دون سائر الناس. لم أجد له أصلاً".

(٦) انظر: الوجيز ٢٧٢/٢، والروضة ١٠١/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٨/٤.

وبنو مدلجٍ على ماذكر القاضي ابن كج: بَطْنٌ من خزاعة، ويقال: من[١] أسدٍ.

ومنها: كونه مجرباً، فمن لم يُعرف علمه في هذا النوع، لايعتمد قوله، كما أن من لم يُعرفْ علمه بالأحكام، لا يجعل قاضياً.

كيفية تجربة القائف

وكيفية تجربته[٢] التي أوردها في "الكتاب"[٣]: أن يُعْرض عليه ولدٌ في نسوة ليست فيهن أمُهُ، ثم في نسوة ليست فيهن أمه، ثم في نسوة ليست[٤] فيهن أمه[٥]، ثم في صنف رابع فيهن أمهُ، فإذا أصاب الكل قُبِلَ قوله بعد ذلك. وفي هذه الكيفية شيئان[٦]:

أحدهما: عرض الأم، وهل تختص التجربة بالأم أم يجوز أن يعرض عليه المولود مع أبيه؟ فيه وجهان:

الذي ذكره القفال، وأورده صاحب "التهذيب" الاختصاص، وامتناع التجربة بالأب، لأن لحوق الولد بالأب، لا يعلم يقيناً. وهذا ما يوافق[٧] سياق الكتاب.

وأشبههما: وبه أجاب العراقيون، وغيرهم: أنه تجوز التجربة بعرض الولد عليه مع أبيه، إلا أن العرض مع الأم أولى.

وحكوا هذا عن نصه - رضي الله عنه - في "الأم"[٨].

والثاني: تكرير العرض ثلاثاً.

واختلف الناقلون فيه، فمنهم من قال: يعرض عليه مولود مع أبيه في الرجال، أو مع أمهُ في نسوة فيقال: ألحقه[٩] بأمه، أو يعرض عليه أولاد نسوة وامرأة منهن، فيقال:

---

(١) "والثاني: أصح عند العراقين ... ويقال: من أسد" ليست في: ظ.

(٢) في: ظ "تجربتها".

(٣) "الكتاب" ليست في: ظ.

(٤) في: أ "ليس".

(٥) "ثم في نسوة ... فهن أمه" ليست في: ز.

(٦) في: ز "وجهان".

(٧) في: ب "يوافق". وفي: ظ "لايوافق".

(٨) انظر: ٦/٢٤٧.

(٩) في: أ ، ظ "التحق".

ألحق ولدها بها[١]، و لم يشترطوا التكرير.

ومنهم من قال: لا يكفي العرض مرة واحدة، فإنه قد يصيب فيها اتفاقاً، ولكن يعرض عليه ثلاث مرات، وإليه ذهب الشيخ أبوحامد، وأصحابه.

وذكر الإمام: أنه لا معنى لاعتبار التكرار ثلاثاً، بل المعتبر غلبه الظن بأن مايقوله يقوله عن خبرة، وبصيرة، لا عن وفاقٍ.

والظن قد يحصل بما دون الثلاث. وهذا كالتوسط بين الوجهين الأولين. وإذا حصلت التجربة اعتُمِدَ على إلحاقه[٢]، ولا تجدد التجربة لكل إلحاق.

ومنها: أهلية الشهادة، فيجب أن يكون القائف مسلماً، عاقلاً، بالغاً عدلاً.

وفي اشتراط الحرية، والذكورة وجهان:

أصحهما: الاشتراط كما في القاضي.

والثاني: يجوز الرجوع إلى العبد، والمرأة، كما في الفتوى وبناهما في "الإبانة" على أن القيافة، كالحكم، أو كالقسمة؟ ووجه مشابهتهما القسمة، اشتمالها على التمييز بالنفي، والإثبات. وإنما يتصور فرض الرق في القائف على تقدير اختصاص القيافة ببني مدلج، إذا جوَّزنا استرقاق العرب، وإلا فالمدلجي لايكون إلا حراً.

وذكر القاضي ابن كج بناًء على اعتبار أهلية الشهادة، أن قيافة الأعمى، والأخرس، لا تجوز.

وأنه إذا كان القائف ابن[٣] أحد المتداعيين.

فإن أُلحِقَ الولد بغير أبيه قُبِلَ، وإن ألحقه بأبيه لم يقبل.

وإذا كان بين القائف وأحدهما عداوةٌ، فإن ألحقه بالعدو قُبِلَ.

٦٠١/ز وإن ألحقه بغير العدو/ لم تقبل، لأنها كالشهادة على العدو. وفي اشتراط العدد وجهان:

---

(١) في: أ، ب، ظ "به".

(٢) في: أ، ب، ظ "الحاقاته".

(٣) في: ظ "أبو".

أحدهما: أنه لابد من قائفين كما في التزكية[١]، والتقويم.

وأصحهما: الاكتفاء بقول الواحد، كما في القضاء والفتوى.

ويحكى هذا عن نصه - رضي الله عنه - في "الأم"[٢]. وربما احتُج له بحديث المدلجي.

ولو كان القاضي قائفاً، فهل يقضي بعلمه؟ فيه الخلاف في القضاء[٣] بالعلم.

(قال [الغزالي]: الركن الثالث: محل العرض على القائف، فالمولود إذا تداعاه اثنان[٤] لم يلحقهما، بل يعرض على القائف إذا كان كونه[٥] منهما ممكناً شرعاً، وذلك بأن يطأ في طهر واحد، فإن وطئَ الثاني بعد تخلل حيضة انقطع الإمكان عن الأول، إلا أن يكون الأول[٦] زوجاً في نكاح صحيح، فإن كان في نكاح فاسدٍ، ففي انقطاع إمكانه قولان)[٧].

[فصل: الركن الثالث: في وقت عرض الولد على القائف]

[قال الرافعي] المقصود الآن بيان أن الولد متى يعرض على القائف؟ وله موضعان:

أحدهما: أن يتداعى اثنان مولوداً مجهولاً من لقيط وغيره، فيعرض على القائف علىماسبق شرحه في "اللقيط"[٨]

---

(١) في: أ "التركة".

(٢) انظر: الأم ٢٤٧/٦، المختصر ص ٣١٧، الحاوي ٤١٢/٢١.

(٣) انظر: الوجيز ٢٤١/٢، والعزيز ٤٨٦/١٢.

(٤) في: ظ "شخصان".

(٥) "كونه" ليست في: ظ.

(٦) "الأول" ليست في: أ.

(٧) في: ظ "وجهان".

(٨) انظر: ٢٥٧/١، والعزيز ٤١٤/٦ و ٤١٥.

والثاني: أن يشترك اثنان، فصاعداً في وطـيء امـرأة فـأتت بولـد لزمـان يمكـن أن يكون منهما، وادعاه كل واحدٍ منهما، فيعرض على القائف، وعند أبي حنيفة[١] في أحد الموضعين يلحق الولد بهما، أو بهم، ولا اعتبار بقول القائف.

واحتج الأصحاب، لاعتبار قـول القـائف بما سبق[٢]، ولامتنـاع الإلحـاق بـاثنين فصاعداً، بـأن الولـد لاينعقـد مـن مـآء شـخصين، لأن الـوطء لابـد مـن أن يكـون علـى التعاقب.

وإذا اجتمع ماء الأول، مع ماء المرأة، وانعقد الولد منه، حصلت عليه غشاوةٌ تمنع من اختلاط ماء الثاني بماء الأول ومائها.

وأيضـاً[٣] فإنـه لـو تداعـى[٤] الولـد مسـلم وكـافرٌ، لايلحـق[٥] بهمـا بالاتفـاق، فكذلك[٦] إذا تداعاه مسلمان.

[فصل: في كيفية الاشتراك في الوطء]

ثم الاشتراك في الوطء على الوجه المذكور، يُفرض من وجوهٍ:

منها: أن يطأها[٧] كـل واحـد منهمـا بالشـبهة، بـأن يجدهـا علـى فراشـه فيظنهـا زوجته، أو أمته.

ولو كانت في نكاح صحيح فوطئت بالشبهة، فعن "القاضي أبـي الطيـب". وهـو الذي أورده صاحب "الشامل": أن الولد يلحق بالزوج، لأنها فراشـه، والفـراش[٨] أقـوى من الشبهة، كما أنه إذا طلقها زوجها وانقضت عدتها، ونكحها زوج آخر، فأتت بولـد يُلحق بالثاني، وإن أمكن أن يكون من الأول، لأنها فراش الثاني.

---

(١) انظر: الهداية ١٧٨/٣.
(٢) انظر: ص٩١٥-.
(٣) "وأيضاً" ليست في: ظ.
(٤) في: أ "ادعى".
(٥) في: ظ "لايلحق الولد".
(٦) في: أ، ظ "فكذا".
(٧) في: ب "يطأ".
(٨) في: ظ "القولين".

والأظهر على ماذكره القاضي الروياني، وغيره، وهو الـذي أورده الإمـام: أنـه لا يتعين الزوج للإلحاق، بل الموضع موضع الاشتباه، والعرض على القائف. وليس كالصورة المستشهد بها، لأن العِدَّة أمارة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول، وهاهنا بخلافه.

ومنها: أن يطـأ الرجـل زوجتـه في النكـاح الصحيـح، ثـم يطلقهـا، فيطأهـا غـيره بالشبهة، أو في النكاح الفاسد، بأن ينكحها في العدة، وهو جاهل بكونها في العدة.

وعن مالك[١] أن الولد يلحق بـالزوج، لأنـه وطءٌ في نكـاح صحيـح فهـو أقـوى جانباً، حكاه ابن الصباغ عنه.

ومن قال بهذا: وقد طلقها الزوج، فأولى أن يقول به، والنكاح مستمرٌ بينهما.

ومنها: أن يطأها[٢] كل واحد منهما في نكاح فاسدٍ.

ومنها: أن يطأ الشريكان الجارية المشتركة بينهما.

ومنها: أن يطأ أمتهُ، ويبيعها، فيطأها المشتري.

ولم يستبرء واحدٌ منهما.

فإذا وطئ اثنان على بعض هذه التصويرات في طهر واحدٍ، وأتت المرأة بولد لأقل من أربع سنين، وأكثر[٣] من ستة أشهر من الوطئين، وادعياه جميعاً روجع القائف.

وإن تخلل بين الوطئين حيضةٌ فهـي أمـارة ظـاهرة في حصـول الـبراءة عـن الأول، فيقطع تعلقه، إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح صحيح.

والثاني: واطئاً بالشبهة، أو في نكاح فاسدٍ، فـلا ينقطـع تعلـق الأول، لأن إمكـان الوطء مع فراش النكاح قائمٌ مقام[٤] نفس الوطء والإمكان حاصل بعد الحيضة.

وإن كـان الأول زوجـاً في نكـاح فاسـدٍ، ففـي انقطـاع تعلقـه بتخلـل الحيضـة[٥]

---

(١) انظر: مواهب الجليل ٢٤٩/٥.

(٢) في: ب "يطأ".

(٣) في: أ "أو أقل".

(٤) في: ظ "قام".

(٥) "وإن كان الأول .. الحيضة" ليست في: أ.

قولان:

أحدهما: أنه(١) كالنكاح الصحيح.

وأظهرهما: خلافه، لأن المرأة في النكاح الفاسد، لا تصير فراشاً مالم توجد حقيقة الوطء.

هكذا نقل الصورتين الإمام، وصاحب الكتاب.

ولا فرق بين أن يكون المتداعيان مسلمين، أو أحدهما مسلماً، والآخر ذمياً، ولا بين أن يكونا حرين، أو أحدهما حراً، والآخر عبداً. على ماسبق في "اللقيط"(٢)، وكذلك لا فرق بين أن يكون الواطئان مسلمين و(٣)حرين، أو مختلفي الحال وا لله أعلم.

(قال [الغزالي]: وإن(٤) ادعى نسب مولودٍ صغير في يده لحقه، فإن بلغ فانتفى عنه هل يقبل؟ فيه قولان، وإن ادعى نسب بالغ، فأنكر لم يلحقه، وإن ألحقه القائف، وإن سكت ألحقه القائف، وإن أقر فلا حاجة إلى قائف(٥). ومن ادعى نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطئاً بالشبهة، لم يقبل وإن وافقه الزوجان، بل لابد من بينة على الوطء لحق(٦) المولود، وإن تداعيا صبياً، وهو في يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصة، ومن استلحق، وأنكرت(٧) زوجتُهُ ولادتَهُ، فهل يلحقها بمجرد دعوى الأب؟ فيه وجهان).

[فصل: في استلحاق الصبي المجهول أو البالغ وغير ذلك]

[قال الرافعي] في الفصل صورة مكررة، وغير مكررة، فمن المكررة: استلحق صبياً مجهولاً في يده، أوْ لا في يده، وألحقناه به، ثم بلغ وانتفى عنه، هل يندفع نسبه؟

---

(١) "أنه" ليست في: ز.

(٢) انظر: الوجيز ٢٥٧/١، والعزيز ٤١١/٦ وما بعدها.

(٣) في: ظ "أو".

(٤) ورد في الوجيز ٢٧٤/٢ "وإن انفرد بدعوة".

(٥) في: ظ "للقائف".

(٦) في: أ "الحق".

(٧) في: ز "فانكرت".

قال: فيه قولان.

والمسألة مشهورة بالوجهين، وقد ذكرها مرة في الإقرار[١]، وأخرى في اللقيط[٢].

ومنها: استلحق بالغاً[٣] فأنكر، لا[٤] يلحقه، وقد أوردها في البابين المذكورين أيضا / وإلحاق القائف، والحالة هذه ليس بحجة عليه، وإن سكت البالغ، فقد ذكر صاحب الكتاب[٥]: أنه يلحقه القائف. وهذا لم أجده لغيره: وليس هناك إلا واحدٌ يدعيه. ٦٠٢/ز

نعم. لو ادعاه اثنان[٦] في مواضع الاشتباه، وهو ساكت[٧]، يُعْرضُ على القائف. وكذلك ذكره في "الوسيط"[٨] قال[٩]: فإن وافق أحدهما لحقه، ولا يقبل قول القائف على خلافه.

ومنها: لو تداعى اثنان صبياً مجهولاً، فقد أطلق هاهنا أنه يلحق بصاحب اليد.

كذلك نقله القاضي الروياني عن القفال، والأشبه بالمذهب، تفصيل ذكره في "اللقيط"، وهو أنه إن كانت[١٠] يده عن التقاط لم يؤثر، وإن لم تكن عن التقاط[١١]، فيقدم صاحب اليد، إن تقدم استلحاقه على استلحاق الآخر، وإلا فوجهان.

[فصل: في استلحاق مولود على فراش غيره بسبب وطء شبهة]

وأما غير المكرر فصورتان: إحداهما: إذا ادعى نسب مولود على فراش غيره، بسبب وطء شبهة اتفق، فإن قلنا: إن وطء الشبهة إذا كانت المرأة فراشا للزوج، لا أثر له، والولد يلحق[١٢] بالزوج، فلا اعتبار بقوله.

---

(١) انظر: الوجيز ٢٠٢/١، والعزيز ٣٥٢/٥ و ٣٥٣.
(٢) انظر: الوجيز ٢٥٧/١، والعزيز ٤١١/٦ و ٤١٢.
(٣) في: ز "اللقيط بالغاً".
(٤) في: أ "فلا".
(٥) انظر: الوجيز ٢٧٣/٢.
(٦) في: ظ "إنسان في".
(٧) "وهو ساكت" ليست في: ظ.
(٨) انظر: ٤٥٦/٧.
(٩) "قال" ليست في: ظ.
(١٠) في: أ، ب، ظ "كان".
(١١) "وإن لم تكن عن التقاط" ليست في: ظ.
(١٢) في: أ، ز "ملحق".

وإن جعلناه مؤثرا، فلا يكفي اتفاق الزوجين عليه، بل لابد من البينة على الوطء، لأن للمولود حقاً في النسب، واتفاقهما ليس بحجةٍ عليه.

فإذا قامت البينة عرض على القائف، فإن كان المدعي نسبُهُ بالغاً، واعترف بجريان وطء الشبهة وجب أن يكفي.

والثانية: إذا استلحق مجهولاً، وله زوجة ، فأنكرت ولادته، فهل يلحقها باستلحاقه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأن ولده منها ظاهراً.

وأصحهما: المنع[١]، لجواز أنه من وطء شبهة، أو زوجة أخرى، وهما كوجهين ذكرناهما في اللقيط[٢]، في أن المرأة إذا استلحقت، وقبلنا استلحاقها، فهل يلحق الولد زوجها؟ ولو استلحق مجهولاً، وله زوجةٌ فأنكرت ولادته، واستلحقته[٣] امرأة لها زوج، فأنكره، حكى في "الوسيط"[٤]: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن أمهُ التي استلحقها دون المنكرة، وربما اتفق بينها، وبين صاحب اليد وطءُ شبهة.

والثاني: أنَّ أمهُ زوجة صاحب اليد، فإنها فراش زوجها.

والثالث: يُعرضُ على القائف فأيتهما ألحقه بها، فهي أمُهُ.

ولو كانت الصورة بحالها، وأقام كل واحدٍ بينة، فعن ابن سريج: أربعة أوجهٍ:

أحدها: أن بينة الرجل[٥] أولى لأنا لو ألحقناه بالمرأة لالتحق بالزوج مع إنكاره فيصير الرجل تبعاً للمرأة، ثم إذا لحقه لحق امرأته.

---

(١) انظر: الروضة ١٢/١٠٤، ومغني المحتاج ٤/٤٨٩.
(٢) انظر: الوجيز ١/٢٥٧، والعزيز ٦/٤١٢.
(٣) في: أ، ب، ظ "استلحقه".
(٤) انظر: ٧/٤٥٦.
(٥) في: ب "الداخل".

والثاني: بينة المرأة أولى[1]، لأن ولادتها محسوسةٌ، ثم لايـلزم مـن أن يلحقهـا، أن يلحق زوجها.

والثالث: أنهما يتعارضان[2]. والرابع: أنه يُعرض على القـائف، فـإن ألحـق الولـد بالرجل لحقه، ولحق زوجته، وإن ألحقه بالمرأة لحقها دون زوجها.

حكى الأوجه هكذا القاضي الروياني. وعن رواية الصيدلاني.

قال [الغزالي] وإن[3] لم يجد[4] قائفاً، أو تحير، فإذا بلغ[5] الصبي، حبسناه حتـى ينتسب إلى أحدهما، ويكون اختياره كإلحاق القائف حتـى لا يُقبـل رجوعـه، كمـا لا يقبل رجوع القائف، ولا يلتفت إلى انتساب الصغـير[6] المميز. وإن وطئـا في طهـر[7] واحد، وحَبَلَتْ لكن ادعى أحدهما الولـد، وسـكت الآخـر، ففـي قـول يُعرض علـى القائف، وفي قول يختص بالمدعي، ونفقة الولد قبل إلحـاق القـائف عليهمـا، ثـم يرجـع على[8] من قطع القائف نسبه، وإن مات الولد عُرِض على القائف قبل أن يتغير).

[فصل: وفيه خمس مسائل]

[قال الرافعي]: في هذه البقية مسائلٌ:

المسـألة الأولى إذا يوجـد قـائف وتحـير ولم يجـير جواباً.

إحداها: إذا لم يجد قائفـاً، وتحير، ولم يجـد جوابـاً، وألحـق الولـد بهمـا، أو نفـاه عنهما، وقفنا إلى أن يبلغ، فإذا بلغ أمرناه بالانتساب إلى أحدهما بحسب الميل الذي يجده، فإن[9] امتنع، حبس ليختار، وإذا اختار، كان اختياره كإلحاق القائف، وإن قال: لا أجـد ميلاً إلى أحدهما، بقي الأمر موقوفاً ولا عبرة باختياره قبل البلوغ، وإن كان مميزاً. وفيـه

---

(١) "لأنا لو ألحقناه بالمرأة ... المرأة أولى" ليست في: ظ.
(٢) في: أ "متعارضان".
(٣) في: ظ "إذا".
(٤) في: أ، ب "يوجد".
(٥) في: أ "فبلغ".
(٦) في: ز "الصبي".
(٧) في: ظ "رجلان امرأة".
(٨) "على" ليست في: أ، ب، ز.
(٩) في: ظ "فإذا".

وجهٌ[1]: أنه يخير إذا صار مميزاً، كما يخير بين الأبوين في الحضانة[2]، وكل هذا مذكور بالشرح في اللقيط .

وعن أحمد: أنه إذا ألحقه القائف بهما جميعاً ألحق بهما.[3]

[فصل: فيما إذا ألحقه القائف بأحدهما، ثم رجع وألحقه بالآخر]

المسألة الثانية إذا ألحقه القائف بأحدهما ثم رجع وألحقه بالآخر.

[قال الرافعي] والثانية: إذا ألحقه القائف بأحدهما، ثم رجع، وألحقه بالآخر، لم يقبل على ما مر في "اللقيط"[4]، وكذا لو ألحقه قائف بأحدهما، فجاء الآخر بقائف آخر، فألحقه به، لأن الاجتهاد، لا يُنقض بالاجتهاد. هذا هو المشهور في الصورتين[5].

وذكر القاضي ابن كج: أنه إذا ألحقه قائف بهذا، وقائف بهذا، تعارضا، وصار كأن لا قائف. وأنه إن رجع القائف بعد تنفيذ الحكم بقوله، لم يلتفت إلى رجوعه، وإن رجع قبل أن يُنفذ[6] الحاكم الحكم بقوله[7] قيل رجوعه كرجوع الشهود، لكن لايقبل قوله في حق الآخر لسقوط الثقة بقوله، ومعرفته.

وإذا ألحقهُ القائف بهما، فعن القفال، وغيره[8]: أنه يُستدل[9] بذلك على أنه لايعرف الصنعة فلا يعتمد[10] قوله من بعد إلا أن يمضي زمان، يمكن التعلم[11] فيه،

---

(١) في: أ "وآخرٌ".

(٢) إذ في الحضانة يخير بين أبيه وأمه، فإن اختار أحدهما تولى حضانته كما سبق تفصيله في "الحضانة" انظر: الوجيز ١١٨/٢.

(٣) انظر: المقنع ص ١٦١.

(٤) انظر: الوجيز ٢٥٧/١، والعزيز ٤١٢/٦.

(٥) انظر: الروضة ١٠٥/١٢، ومغني المحتاج ٤٨٩/٤.

(٦) في: ز "نفذ".

(٧) مكرر "بقوله" ليست في ب.

(٨) "وغيره" ليست في: ظ.

(٩) في: ظ "يستعمل".

(١٠) في: أ، ب، ظ "يعتد بقوله".

(١١) في: ب "العلم".

فيمتحن حينئذٍ، ثم يعتمد. وكذا لو كانا[١] توأمين، فالحق القائف أحدهما بأحدهما، والآخر بالآخر.

وإذا[٢] انتسب المولود إلى أحدهما، يثبت نسبه منه، فلا يقبل رجوعه عنه.

وإن انتسب إليهما لغى، وأمر بالانتساب إلى أحدهما.

ولو اختلف[٣] التوأمان في الانتساب إلى أحدهما[٤] لم يعتبر قولهما، فإن رجع أحدهما إلى قول الآخر قُبِلَ.

المسألة الثالثة إذا وطئا في طهر واحد وأتت بولد يمكن منهما.

[الثالثة: فيما إذا وطئا في طهر واحدٍ وأتت بولد يمكن منهما، كما سبق تصويره، فادعاه أحدهما، وسكت عنه الآخر، أو أنكره، فقولان: أحدهما: أنه يختص بالمدعى كما لو كان[٥] في يد اثنين ادعاه أحدهما دون الآخر، يجعل له.

وأظهرهما: وهو الذي أورده القاضي[٦] ابن كج: أنه يعرض على[٧] القائف، لأن الولد صاحب حقٍ في النسب، فلا يسقط حقه بالإنكار، وترك الدعوى، وإن أنكراه[٨] معاً، يعرض على القائف، ولا يُعطَّل نسبه.

المسألة الرابعة في نفقة الولد إلى أن يعرض على القائف وفي مدة التوقف إلى الإنتساب.

الرابعة: نفقة الولد إلى أن يعرض على القائف، وفي مدة التوقف إلى الإنتساب عليهما، فإذا التحق بأحدهما، رجع الآخر عليه بما أنفق. وهل تجب النفقة في حال الاجتنان؟ بُني ذلك على أن الحمل هل يُعْلَمُ؟ إن أوجبناها وكان أحد المدعيين زوجاً، قد طلقها، والآخر واطئاً بالشبهة، فإن قلنا: إن النفقة للحامل، فهي على المطلق.

وإن قلنا: للحمل أُخِذا بها[٩] إلى أن يظهر الأمر.

---

(١) في: ظ "كانوا".
(٢) في: أ، ب، ظ "فإذا".
(٣) "ولو اختلف" ليست في: أ.
(٤) "إلى أحدهما" ليست في: أ، ظ.
(٥) "لو كان" ليست في: أ، ب، ز.
(٦) "القاضي" ليست في: ظ.
(٧) في: ظ "يعرض هذا".
(٨) في: أ "أنكره".
(٩) في: ظ "أخذنها".

وإن أوصى للطفل في وقت التوقف، فليقبلا الوصية جميعاً.

المسألة الخامسة إذا مات المولود قبل العرض على القائف

الخامسة: إذا مات المولود قبل العرض على القائف، فإن تغير فقد تعذر العرض .

وإن لم يتغير فيُنْظَرُ[1]: إن دُفِنَ، لم يُنبش وإن لم يدفن، فوجهان:

أظهرهما: ويحكى عن أبي إسحاق: أنه يعرض، لأن الشبه لا يبطلُ بالموت[2].

والثاني: المنع، لأن القائف قد يبني على الحركة، والكلام وهما يبطلان[3] بالموت.

وإذا مات أحد المتداعيين، عُرِض أبوه، أو أخوه، أو عمه مع المولود، قاله في "التهذيب".

فروع:

[الأول]: من الرعاة من يلتقطُ السخال[4] في ظلمة الليل، ويُلقيها في وعاءٍ معه، فإذا أصبح، ألقى كل سخلةٍ بين يدي إمها، ولا يخطيء لمعرفته بها، وبأمهاتها[5]، فعن الإصطخري: أنه يعمل بقول مِثلِ هذا الراعي، إذا تنازع اثنان سخلة، والظاهر خلافه.

وإنما عمل بقول القائف لشرف الآدمي، كيلا يضيعَ نسبه.

وحكى القاضي ابن كج الدينوري عن تخريج أبي الحسين وجهين في أن القيافة أولى بالرعاية بعد[6] بلوغ المولود، أو الانتساب وادعى أن الظاهر الثاني، وأنه لارجوع إلى القائف بعد بلوغ المولود، والظاهر خلافه، على ماسبق في اللقيط.

[الثاني]: وأنه[7] لو ألحق المولود قائفٌ يأخذ المتداعيين بالأشباه الظاهرة[8] وآخر بالثاني بالاشباه الخفية، كالخلقِ، وتشاكل الأعضاء، فأيهما أولى؟ فيه وجهان:

---

(١) في: ظ "نظر".

(٢) انظر: الروضة ١٠٦/١٢.

(٣) في: أ "وما يبطل".

(٤) "السخلة" : تطلق على الذكر والأنثى من أولاد الضأن والمعز ساعة تولد، والجمع "سخال" ذكره في المصباح ٢٦٩/١.

(٥) في: أ، ب "بأمها".

(٦) في: ظ "قبل" وهو خطأ.

(٧) "وأنه" ليست في: ز.

(٨) في: ظ "بالأشتباه الظاهر، والآخر الثاني، بالاشتباه الخفي".

أظهرهما: الثاني، لأن فيها زيادة حَذَقٍ وبصيرةٍ.

[الثالث]: وإذا تداعاه مسلم، وذميّ، وأقام أحدهما بينة تبعه نسباً، وديناً.

وإن ألحقه القائف بالذمي تبعه[1] نسباً لا ديناً.

ولا تُجْعَل حضانتُهُ للذمي.

[الرابع]: وإذا تداعاه حرٌ وعبدٌ وألحقه القائف بالعبد، يثبت، وكان حراً، لاحتمال أنه وَلِدَ من حرة[2]. والله أعلم.

هذا تمام الكلام في هذه الأبواب.

---

(١) في: ز "تبعاً".

(٢) انظر: الروضة ١٢/١٠٧. ومغني المحتاج ٤/٤٩١.

كتاب العتـــق

وفيه خمسة خواص

الخاصية الأولـى : السراية.

الخاصية الثانية: عتق القرابـــة.

الخاصية الثالثة: امتناع العتق بالمرض.

الخاصية الرابعة: القرعـــة.

الخاصية الخامسة: الولاء.

كتاب العتق(١)

(قال الغزالي: ولا يخفى أنه يصح من كل مالك مكلف، لا يصادف إعتاقه حقاً لازماً).

[فصل في أدلة مشروعية العتق]

[قال الرافعي] قال الله تعالى **﴿وإذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه﴾**(٢) قال المفسرون: أي أعتقته(٣).

وقال تعالى "فك رقبة"(٤) أي الجواز على العقبة كفكِ الرقبة.

وأمر الله تعالى بتحرير الرقبة في مواضع من الكفارات(٥).

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم "من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضوٍ منها عضواً من النار حتى فرجه بفرجه"(٦).

وروي "من أعتق رقبة مؤمنة كان فداؤه من النار"(٧).

---

(١) العتق لغة: خلاف الرِّق. وهو الحرية، عَتَق العبدُ يَعْتِقُ عِتقاً وعَتْقاً، وعتاقاً، وعتاقةً، فهو عتيق، وجمعه عُتقاء مشتق من قولهم: عتق الفرس، إذا سبق ونجا، وعتق الفرخ، إذا طار، واستقل، لأن العبد يتخلص بالعتق، ويذهب حيث يشاء. انظر: معجم مقاييس اللغة ٢١٩/٤ و ٢٢٠، ولسان العرب ٣٦/٩، والمصباح ٣٩٢/٢.
وشرعاً: هو إزالة الرق عن الآدمي لا إلى مالك بل تقرباً إلى الله تعالى. ذكره في نهاية المحتاج ٣٥٣/٨.

(٢) سورة الأحزاب. من آية ٣٧.

(٣) انظر: تفسير ابن كثير ٤٩١/٣. وفتح القدير ٢٨٤/٤ حيث قال "بأن أعتقه من الرق".

(٤) سورة البلد، آية ١٣.

(٥) ككفارة القتل الخطأ. والوطء في نهار رمضان، والظهار والأيمان.

(٦) متفق عليه من حديث أبي هريرة - وفيه تقيد الرقبة بكونها مسلمة ..." ذكره في التلخيص ٢١١/٤.
انظر: البخاري ١١٧/٣، من كتاب العتق وفضله ولفظه "أيما رجل اعتق امرأ مسلماً استنقذ الله بكل عضو منه عضواً منه من النار".
وأخرجه مسلم في صحيحه ١٥١/١٠ - من كتاب العتق - باب فضل العتق.

(٧) أخرجه أحمد رحمه الله من حديث عقبة بن عامر. انظر: المسند ١٥٠/٤، ٣٤٤. و ٢٤٤/٥، والتلخيص ٢١٢/٤.

والإجماع منعقد على صحة الإعتاق، وعلى أنه من القربات[١].

[فصل: في من يصح عتقه]

[قال الرافعي] ويصح من كل[٢] مالك مكلف[٣] لايصادق إعتاقه متعلق حق لازم للغير، فغير المالك لايصح إعتاقه إلا بوكالة، أو ولاية[٤].

ولا يصح إعتاق الصبي، والمجنون، ولا إعتاق المحجور عليه بالسفه، وفي إعتاق المحجور عليه بالفلس، خلاف مذكور في "التفليس"[٥].

وليس للعبد المأذون في التجارة الإعتاق إلا أن يأذن له السيد في الإعتاق عنه.

والمريض مرض الموت يعتبر إعتاقه من الثلث، وفي إعتاق العبد المرهون الخلاف المذكور في "الرهن"[٦].

وفي إعتاق العبد الجاني، الخلاف الذي ذكرناه في "البيع"[٧]. وهما المقصودان بقوله في الكتاب: "لايصادف إعتاقه حقاً لازماً".

ولا يصح إعتاق الموقوف عليه، العبد[٨] الموقوف، لأنه غير مالك، ويبطل[٩] حق

---

(١) "والعتق المنجز من المسلم قربة بالاجماع، أما المعلق، ففي الصداق من الرافعي أن التعليق ليس عقد قربة وإنما يقصد به حث أو منع أي أو تحقيق خبر بخلاف التدبير ..."
ذكره في مغني المحتاج ٤٩١/٤، وانظر هامش٣ العزيز ٣٠٥/١٣.

(٢) "كل" ليست في: أ.

(٣) في: أ، ب "مطلق".

(٤) في: أ "بولاية".

(٥) انظر: الوجيز ١٧٠/١، والعزيز ٩/٥، والروضة ١٢٧/٤.
والتفليس لغة: النداء على المفلس وشهرته بصفة الإفلاس المأخوذ من الفلوس التي هي أحسن الأموال.
وشرعاً: جعل الحاكم المديون مفلساً بمنعه من التصرف في ماله.
والمفلس في العرف من لا مال له. وفي الشرع: من لا يفي ماله بدينه" ذكره في مغني المحتاج ١٤٦/٢.

(٦) انظر: الوجيز ١٦٠/١، والعزيز ٤٤٦/٤، والروضة ٣٨٩/٣.

(٧) انظر: الوجيز ١٣٤/١، والعزيز ٣٨/٤:

(٨) "العبد" ليست في ز.

(٩) في: أ "أو".

من بعده.

ويصح إعتاق الكافر ذمياً كان أو حربياً.

وإذا أعتق الحربي عبده، ثم أسلما فولاؤه ثابت عليه.

وعند أبي حنيفة: لا يصح عتقه، ولا ولاء عليه، وله أن يوالي من شاء[١].

واحتج الأصحاب[٢] بأن من نفذ عتقه في عبده المسلم وجب أن ينفذه عتقه في عبده الكافر كالمسلم[٣]. والله أعلم.

(قال [الغزالي]: وصريح لفظه التحرير، والإعتاق.

أما فك القربة فهو صريح على وجهٍ، وإذا[٤] قال: ياحرة ثم قال: أردت نداءها باسمها القديم لم يقبل ظاهراً، إلا أن يكون اسمها في الحال حرة[٥]، وكذا لو قال: يا "أزاذمرد" ثم قال: أردت الوصف بالجود، إلا أن يكون اسمه "أزاذمرد" أو كان معه قرينةٌ تدل على المدح.

ولو قال لعبده[٦] ياسيدي، ولجاريته ياكذبانو[٧]، فهو ليس بكناية.

وإن قال: يامولاي فهو كناية[٨].

وإذا قال لعبد غيره[٩] أعتقتك لَغَا إن فُهِمَ منه الإنشاء، وإن فُهِمَ منه[١٠]

---

(١) "هذا قول أبي حنيفة ومحمد، لأنه لم يعتق عندهما بكلام الإعتاق بل بالتخلية والعتق الثابت بها لايوجب الولاء ... – خلافاً لأبي يوسف – فعنده ولاؤه له لأن إعتاقه بالقول صح".
ذكره في حاشية ابن عابدين على الدر المختار ١٢٣/٦.

(٢) انظر: الحاوي ٩٥/٢٢، والروضة ١٠٧/١٢، ومغني المحتاج ٤٩٢/٤.

(٣) "كالمسلم" ليست في: ز.

(٤) في: أ، ب "فإذا".

(٥) "حرة" ليست في: أ، ب.

(٦) "لعبده" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) في: أ "كذبانونه".

(٨) "وإن قال: يامولاي فهو كناية" ليست في: ز.

(٩) في: ز "لغيره".

(١٠) "منه" ليست في: ظ.

الإقرار، فإذا اشتراه كان مؤاخذاً به)

[فصل: في صيغ العتق]

[قال الرافعي]: يحصل العتق بالصريح والكناية.

أما الصريح: فالتحرير[(١)] والإعتاق صريحان، فإذا قال لعبده: أنت حر أو محرر، أو حررتك، أو أنت عتيق أو معتق[(٢)] أو أعتقتك، عتق العبد، وإن لم ينو، ولا أثر للخطأ في التذكير، والتأنيث، بأن يقول لعبده: أنتِ حرة، أو لجاريته: أنتَ حُرٌّ.

وفي فك الرقبة، أهو صريح أو كناية؟ وجهان قد ذكرهما في الكتاب في أول "الخلع"[(٣)].

والأرجح على قياس نظائره أنه صريح[(٤)].

والكناية: كقوله لعبده: لا ملك لي عليك، أو لا سبيل، أو لا سلطان، أو لا يد، ٦٠٤/ز أو لا أمر، أو لا خدمة، أو أزلت ملكي عنك، أو حرمتك[(٥)]، أو أنت سائبة .

وصرائح الطلاق، وكناياته كلها كناية في العتق، وفي قوله: "أنت علي كظهر أمي" وجهان.

أظهرهما: أنه كناية أيضاً، لاقتضائه التحريم، كما لو قال: حرمتك[(٦)].

وفي قوله: "أنتِ لله" كناية أيضاً، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله -[(٧)].

---

(١) ورد بهامش١ العزيز ٣٠٦/١٣ "قال الشيخ البلقيني في التصحيح: التحرير هو المصدر ليس بصريح، إنما الصريح ما اشتق من هذا المصدر من فعل بصيغة الماضي، وهو حررتك، واسم فاعل، وهو أنا محررك إذا صرح بالآن أو بعده إلى أن قال: وأما المصدر نفسه مثل: أنت تحرير فهذا كناية كما في قوله "أنت طلاق على الأصح، فكان ينبغي أن يقول: فصريحه، ما اشتق من التحرير".

(٢) "أو معتق" ليست في: ز.

(٣) الوجيز ٤١/٢.

(٤) انظر: الروضة ١٠٧/١٢، ومغني المحتاج ٤٩٢/٤.

(٥) في: ز "أحرمتك".

(٦) انظر: الروضة ١٠٧/١٢، ومغني المحتاج ٤٩٢/٤.

(٧) انظر: الهداية ٥٤/٢.

ولو قال: "وهبتُ نفسك منك"، ونوى العتق دون التمليك حصل العتق أيضاً، وإن قصد التمليك، فعلى ماسنذكر فيما إذا قال: "بعت نفسك منك".

ثم الكلام في صور:

إحداها: إذا كانت أمته تسمى قبل جريان الرق عليها حرة فقال لها: يا حُرة. فإن لم يخطر له النداء باسمها القديم، عتقت لا محالة، وإن قصد نداءها به ففيه وجهان عن القاضي الحسين، وبه أجاب في "الكتاب"(١) أنها تعتق؛ لأن اللفظ صريح وإنما كانت تسمى حُرةً حين كانت حرة، وإذا طرأ الرق انمحى ذلك الاسم.

وقال الشيخ "أبومحمد" لاتعتق، لتمكن الاحتمال، وهذا أشبه وأظهر عند الإمام.

ولو كان اسمها في الحال حرة فقد ذكر في الكتاب في "باب الطلاق"(٢): أنَّه إذا كان يُسمى العبد بحر(٣)، فقال: "ياحر" على قصد النداء لم يعتق، وإن أطلق فوجهان. وبينا هناك أن الأشبه أنه لايعتق.

وكذا الحكم لو كان يَتَسمَّى بـ "بعتيق". أو "بازاذروي"(٤) فقال: "ياعتيق" أو يا "يازادروي".

وليعلم لما ذكرنا قوله في الكتاب: "لم يقبل ظاهراً" بالواو.

وقوله: "إلا أن يكون اسمها في الحال حرة" وليس باستثناء محقق، لأن هذه الحالة لاتدخل فيما إذا كان اسمها قديماً حرة فبُدِّل حتى يستثنى، والمعنى لو كان اسمها في الحال حرة، وقصد نداءها باسمها لم تعتق.

وفي "فتاوى صاحب الكتاب" : أنه إذا اجتاز بصاحب الضريبة فخاف أن يطالبه بالضريبة عن عبده، فقال: إنه حر وليس بعبد، وقصد الإخبارَ، لم يعتق بينه وبين الله تعالى، وهو كاذب في خيره.

---

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٧٤.

(٢) انظر: الوجيز ٢/٥٤.

(٣) في: أ "حر".

(٤) كلمة فارسية معناها "أنت حر".

وهذا النظم يشيرُ إلى أنه لايقبل في الظاهر، وأنه إذا قال: أفرغ من هذا دون العشيِّ وأنت حرٌّ.

ثم قال: أردت أنه حر من العمل دون العتق يُدين، ولا يُقبل ظاهراً، وهذا قريب من جواب "الكتاب" في النداء بالاسم القديم.

وأنَّه إذا زاحمتْهُ إمرأة في الطريق فقال: تأخري ياحرة فبانت أمتُهُ لم تعتق، وهذا إن أراده في الظاهر فيمكن أن يفرق بأنه لايدري من يخاطب هاهنا، وعنده أنَّه يخاطب غير أمتِهِ، وهناك خاطب العبد باللفظ الصريح.

الثانية: إذا قال لعبده "يا أزاد مرد"[١] ثم قال: أردت وصفه بالجود، لم يقبل وحكم بعتقه ظاهراً.

نعم لو كان اسمه "أزاذمرد" وقصد نداءه باسمه لم يعتق، ولو كان هناك قرينة تُشْعِرَ بأنه قصد مدحه والثناء إليه فيقبل قوله، ولا يعتق، هكذا أطلق في الكتاب[٢].

وفي "الوسيط"[٣]: أنه على الخلاف المذكور فيما إذا قال: لأمرأته[٤] وهو يَحُلُّ وثاقاً[٥] عنها: أنت طالق، وقال: أردت إطلاقها منه[٦]، فيجوز أن يعلم قوله في الكتاب "أوكان معه قرينة تدل على المدح" بالواو[٧] كذلك.

وفي فتاوى القفال: أنه إذا بعث غلامه في حاجة فأبطأ عليه، فلما رجع قال له[٨] "أزاذ مرد مردي تو"[٩] يحكم عليه[١٠] بالعتق، وحكى بعض أئمة طبرستان وجهاً آخر:

---

(١) كلمة فارسية، معناها: "ياعتيق".

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٧٤.

(٣) انظر ٧/٤٦٢.

(٤) "لأمرأته وهو" ليست في: ز.

(٥) في: ز "وثاقها". وفي ظ "وثاقه".

(٦) انظر: الوجيز ٢/٥٣، والعزيز ٨/٥٠٢، والظاهر القبول.

(٧) "بالواو" ليست في: أ، ب، ز.

(٨) في: أ، ب "فقال".

(٩) كلمة فارسية معناها "رجل حر".

(١٠) "عليه" ليست في: أ.

أنه لايعتق في الحكم للقرينة الدالة على أنه قصد التهكم والذم.

الثالثة: قوله لعبده: يا مولاي كناية، فإن المولى مشترك بين معانٍ، منها: المعتق.

ولو قال: ياسيدي: فعن القاضي الحسين: أنه لايعتق، وإن نوى، لأنه من السُّؤدَدِ، وتدبير المنزل، وليس فيه ما يقتضي العتق، وهذا ما أورده في الكتاب[١].

قال الإمام: والذي نراه أنه كناية.

ولو قال لأمته: يا "كذبانو" أو "توكذبانو مني"[٢] فهو كقوله للعبد: يا سيدي وبكونه كناية أجاب صاحب "التهذيب" وكذا لو قال للعبد: تويا وخداي مني"[٣].

الرابعة: إذا قال لعبد غيره: أنت حرٌّ، فهذا إقرار بحريته، وهو مردود في الحال، لكن لو تملكه يوماً من الدهر، حكم بعتقه، مؤاخذةً له بإقراره، قال الإمام: وإنما يجعل[٤] إقراراً، لأنه لا مساغ للإنشاء فيه[٥] بخلاف ما إذا قال المالك لعبده: أنت حرٌّ، فإنه إنشاءٌ كقول الزوج لزوجته: "انتِ طالق".

ولو قال لعبد الغير: قد أعتقتك.

قال صاحب الكتاب[٦]: إن ذكره في معرض الإنشاء فهو لغو، وإن ذكره في معرض الإقرار يؤاخذ به لو تملكه.

وعن القاضي الحسين: أنه إذا قال: قد أعتقتك كان إقراراً، لأنه[٧] قد يؤكد معنى المضيِّ في الفعل.

قال الإمام: وفحوى[٨] كلامه أن قوله: أعتقتك بلا قيد، قد لايكون إقراراً، وإن

---

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٧٤.
(٢) كلمة فارسية معناها "ياسيدة أو سيدتي".
(٣) كلمة فارسية معناها: أنت ولي أو مولاي".
(٤) في: ز "جعل".
(٥) في: ز ، ظ "منه".
(٦) انظر: الوجيز ٢/٢٧٤.
(٧) في: ب، ز "لأن".
(٨) في: أ، ب، ظ "ومجرى".

كانت الصغية في الموضع للماضي، وعندي لا فصل بينهما.

والوجه أن يراجع القائل ويُحكم بموجب قوله، فإن لم يفسر تُرك، وينبغي أن لايفرَّق بين قوله: "أنت حرّ"، وبين قوله: "أعتقتك".

وقوله في الكتاب: "إن فُهِمَ منه الإنشاء، وإن فُهِمَ منه الإقرار" أي: إن ذكره في معرض يفهم منه هذا أو ذاك.

واعلم أنه يصح تعليق العتق بالصفات والإعتاق على العوض كما في الطلاق.

وأنه لو قال: "جعلت عتقك إليك، أو خيرتك[١] ونوى تفويض العتق إليه، فأعتق نفسه في الحال عَتَقَ. كما في الطلاق.

ولو قال: "أعتقتك على كذا، فقبل في الحال، أو قال العبد: أعتِقْني على كذا، فأجابه عَتِقَ، وعليه ما التزم.

ولو قال: أعتقتك على كذا إلى شهر، فقبل، عَتَقَ في الحال، والمُلْتَزَمُ مؤجل.

ولو أعتقه على خمرٍ أو خنزيرٍ عَتَقَ، وعليه قيمته[٢].

وكذا لو قال: أعتقتك[٣] على أن تخدمني[٤]، ولم يبين مدة، أو قال: على أن تخدمني أبداً.

ولو قال: على أن تخدمني شهراً، أو تعمل لي كذا، وفصله فقبل عَتَقَ، وعليه ما التزم.

ولو خدمه نصف شهر ومات، فللسيد نصف قيمته في تركته:

---

(١) في: ظ "حررتك" وكذا في الروضة ١٢/١٠٩.

(٢) في: ز "القيمة".

(٣) "أعتقتك" ليست في: ظ.

(٤) في: ز "تخدمني شهراً أو لم".

فروع:

أكثر عن ابن سريج:

[الأول] إذا قال: أول من يدخل الدار من عبيدي، أو أي عبدٍ من عبيدي دخل[١] أولاً فهو حرٌّ، فدخل اثنان معاً، ثم ثالث، لم يعتق واحدٌ منهم، أما الثالث فظاهر، وأما الاثنان، فلأن واحداً منهما لايوصف أنه أول عبد داخل، ولو كان اللفظ[٢] والصورة هذه: أول من يدخلها وحده، عتَقَ الثالث.

[الثاني] ولو دخل واحدٌ لاغير، فهل يعتق؟، لأنه إنما يكون أولاً إذا كان هناك ثانٍ فيه وجهان، في[٣] تعليق الشيخ أبي حامد أن أصحهما: أنه يعتق.

[الثالث] ولو قال: آخر من يدخل الدار من عبيدي فهو حرٌّ، فدخل بعضهم بعد بعض، لم يحكم بعتق واحدٍ منهم إلى أن يموت السيد فيتبين الآخر.

[الرابع] ولو قال لعبده: إن لم أَحُجَّ العام فأنت حر، فمضى العام، فاختلفا في أنه هل حج؟ فأقام العبد بينة أنه كان "بالكوفة" يوم النحر عَتَقَ.

وعن أبي حنيفة: أنه لايعتق.

[الخامس] ولو قال لعبدين له: إذا جاء الغد فأحدكما حرٌّ، فإذا جاء الغد[٤]، عَتَقَ أحدهما وعليه التعيين[٥].

[السادس] ولو باع أحدهما، أو أعتقه، أو مات قبل مجيء الغد، ثم جاء الغد، والآخر في ملكه، لم يتعين للعتق، وعُلِّلَ بأنه لايملك حينئذٍ إعتاقهما، فلا يملك إيقاع العتق في أحدهما، كما لو قال لعبده وعبدِ غيره: أحدكما حرٌّ، لا يكون له حكم، وهذا غير مسلم، أليس ذكرنا في "الطلاق"[٦] وجهين؟ فيما إذا قال: لزوجته وأجنبيةٍ: إحداكما

---

(١) "دخل" ليست في: أ.

(٢) في: ظ "هذا اللفظ".

(٣) في: ب "عن".

(٤) "فأحدكما حر فإذا جاء الغد" ليست في: أ.

(٥) في: أ "المعتق".

(٦) انظر: الوجيز ٦٣/٢، والعزيز ٤٢/٩. "أصحهما: أنه يقبل قوله بيمينه".

طالق، أنه هل يقبل قوله: أردتُ الأجنبية؟ فقد اتفق الوجهان على أن له حكماً وأثراً، إنما الكلام في أنه هل يتمكن من الصرف عن الزوجة؟.

[السابع] ولو باع أحدهما، أو كلاهما، ثم اشترى ماباع،وجاء الغد، وهما في ملكه، فهو على الخلاف في عود الحَنْثِ.

[الثامن] ولو باع نصف أحدهما، وجاء الغد وفي ملكه نصفه الآخر فإليه التعيين، فإن عتَق من[1] نصفه له، وقع النظر في السراية.

[التاسع] ولو قال: إذا جاء الغد، وأحدكما في ملكي، فهو حر فباع أحدهما، ثم جاء الغد والآخر في ملكه عَتَقَ، وإن باع أحدهما ونصف الآخر، ثم جاء الغد لم يعتق النصف، لأن الشرط، هو كون أحدهما في ملكه لم يحصل. وا لله أعلم.

(قال [الغزالي]: والنظر في خواص العتق وهي خمسة[2].

الخاصية[3] الأولى: السراية: ومن أعتق بعض عبده سرى إلى[4] الباقي، وكذا لو أعتق عضواً معيناً، ولو أعتق شركاً من عبد قُوِّمَ عليه الباقي بأربعة شروط: الأول: أن يكون موسراً بمالٍ فاضل عن[5] قوت يومه ودَسْتِ ثوبٍ، كما كان في الديون التي عليه، ولو كان عليه دين بقدر ماله فهو معسر على الأصح، والمريض معسر إلا في قدر الثلث، والميت معسر مطلقاً حتى لو قال: إذا مت فنصيبي منك حر، لم يَسْرِ[6]، لأن ميراثه صار للورثة، ولو كان موسراً بالبعض سرى بذلك القدر على وجهٍ، وعلى وجه لا يسري).

[فصل: في الخاصية الأولى: وهي السراية]

---

(١) في: أ، ب "فيمن". وفي: ظ "ممن".

(٢) في: ز "خمس".

(٣) في: ظ "الخاصة".

(٤) "إلى" ليست في: ظ.

(٥) "عن" ليست في: ظ.

(٦) "لم يسر" ليست في: ز.

[قال الرافعي] لاينبغي أن يفهم من الخواص، ما ينفرد العتق به من بين سائر التصرفات، لأنه عدَّ منها الامتناع بالمرض، وهذا يشمل جميع التبرعات، ولا يختص به العتق، والقرعة وهي[١] جارية في القسمة، وإنما أراد مالا يُشاركُ الطلاق فيه العتق[٢]، ويختص به العتق، ويوضحه أنه قال في "الوسيط"[٣]: الطلاق، والعتاق يتقاربان[٤]، وقد فصلنا حكم الألفاظ، والتعليقات في الطلاق[٥]، فلا نعيدُهُ، بل نقتصر على ذكر خواص العتق، واندفع في بيانها:

إذا عُرِف[٦] ذلك: فإحدى الخواص:

السراية: ومن أعتق بعض مملوكٍ فإما أن يكون باقيه له أيضاً، أو لغيره.

الحالة الأولى: إذا كان الباقي له، فيعتق، كما في الطلاق إذا طلق نصف المرأة يكمل، ولا فرق في ذلك بين المعسر والموسر[٧].

وفهم من قوله ﷺ "من أعتق شركاً له في عبدٍ، وله مال، قوِّم عليه الباقي"[٨].

تشوف الشرع إلى تكميل العتق، وإذا كمل والباقي لغيره، فلأن يكمل، والباقي له أَوْلَى.

وقال أبوحنيفة: لا يَعْتِقَ الباقي في الحال، ولكنه مخيَّرٌ بين أن يعتق أو يكاتب، أو يَسْتَسْعِي[٩].

---

(١) "وهي" ليست في: ب.
(٢) "الطلاق فيه العتق ... وقد فصلنا" ليست في: ز.
(٣) انظر: ٤٦٢/٧.
(٤) والمقصود: أن ألفاظ العتاق والطلاق تتقارب في أحكامها.
(٥) انظر: الوجيز ٦٤/٢، والعزيز ٥٩/٩ و ٦٠.
(٦) في: ب، ظ "عرفت".
(٧) في: ظ "الموسر والمعسر". وانظر: هامش العزيز ٣١١/١٢.
(٨) الحديث متفق عليه: أخرجه البخاري ١١٧/٣، من كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين. ومسلم ١٣٥/١٠، كتاب العتق - بشرح النووي. وقد ورد الحديث بألفاظ متعددة، وزيادة. انظر: التلخيص ٢١٢/٤.
(٩) انظر: الهداية ٥٥/٢.

قال الصيدلاني: والكتابة والاستسعاء عنده شئ واحدٌ إلا أنه إذا كان برضا العبد ومُعاقَدته، يسميه: كتابة، وإن كان دون رضاه يسميه: سعاية على الرقِّ، فما لم يؤد المال، لايعتق الباقي، وكما[1] يكمل العتق إذا أضافه إلى البعض الشائع، يكمل إذا أضافه إلى العضو[2] المعين، كاليد، والرجل، كما في الطلاق، وخلاف أبي حنيفة المذكور في "الطلاق" عائد هاهنا[3].

ثم في كيفية التكميل إذا أضاف العتق إلى الجزء الشائع[4] وجهان:

أحدهما: أنه يحصل في الجزء المسمى، ثم يسري إلى الباقي.

والثاني: يحصل في الكل دفعة واحدة، ويكون إعتاق النصف عبارة عن إعتاق الكل، وإذا أضافه[5] إلى الجزء المعين، فوجهان مرتبان، وأولى أن يحصل دفعة واحدة.

والفرق: أن الجزء الشائع يمكن انفراده بالجزئية، والمعين لايمكن انفراده حتى يقال: نرد العتق عليه، ثم يسري، والطلاق في الجزء الشائع[6]، كالعتق في المعين، وقد سبق ذكر هذا الخلاف في "الطلاق" بتفاريعه[7]

[فصل: في عتق الأمة الحامل]

ولو أعتق أمته الحامل، والحمل مملوك له أيضاً، عُتِقَ الحمل أيضاً لا بطريق السراية، فإن السراية في الأشقاص، لا في الأشخاص، ولكن بطريق التبعية، كما يتبع الحمل الأم، في البيع إلا أن يبطل بالاستثناء، والعتق، لايبطل لقوته، وهذا كما أنه لو استثنى عضواً في البيع، بطل البيع، ولو استثني عضواً في العتق، لم يبطل العتق/، وإن أعتق ٦٠٦/ز

(١) في: أ "فكما".

(٢) في: ظ "البعض".

(٣) انظر: الوجيز ٥٧/٢، والعزيز ٦٧/٨ و ٥٦٨.

(٤) في: أ "والشائع"

(٥) في: ظ "وإن".

(٦) "لايمكن انفراده ... الجزء الشائع" ليست في: أ، ب.

(٧) انظر: العزيز ٥٦٩/٨.

الحمل، نفذ العتق فيه و لم تعتق الأمّ، فإن الأمّ لا تتبع الحمل[١].

وعن الأستاذ أبي إسحاق: أنها تعتق بعتقه كما يعتق بعتقها، والظاهر الأول[٢].

ولو كانت الأم لواحد، والحمل لآخر، فلا تعتق الجارية بإعتاق مالك الحمل، ولا الحمل[٣] بإعتاق مالك الجارية، ولا استتباع مع اختلاف المالكين. وقد سبق ذكر هذه الصورة[٤] في "الوصايا"[٥].

ويتعلق بما نحن فيه:

فرع: إذا قال لأمته إذا ولدت فولدك حر ونحو ذلك

فروع: منها: إذا قال لأمته: "إذا ولدت فولدُكِ حُرٌّ، أو كل ولد تلدينهُ، فهو حرٌّ، وقد ذكرنا في "الطلاق"[٦]: أنها إن كانت حاملاً عند التعليق، فإذا ولدت، عتق الولد. وإن كانت حائلاً فوجهان.

أشبههما: أنه يعتق أيضاً، لأنه وإن لم يملك الولد حينئذٍ، فقد ملك الأصل المقيد[٧] لملك الولد.

فرع قال لأمته الحامل إن كان أول وتلدينه غلاما فهو حر وإن كان جارية فأنت حرة. فولدت جارية وغلاما

ولو قال لأمته الحامل: إن كان أول ما تلدينه غلاماً، فهو حرٌّ، وإن كان جارية، فأنت حرة، فولدت غلاماً وجارية ينظر[٨]: أن ولدت الغلام أولاً، عتقت الأم، ويعتق الغلام أيضاً، لكونه في البطن حين عتقت الأم، وتكون الجارية رقيقة، لأن عتق الأم حصل بعد مفارقتها[٩]، وإن ولدتهما معاً[١٠] فلا عتق، لأن التعليق بأول ولد تلده[١١]،

---

(١) "أي إذا كان بعد نفخ الروح، فإنه ذكر في أواخر العتق عن فتاوى القاضي الحسين: أنه لو كانت جارية حاملاً، والحمل مضغة، فقال: اعتقت هذه الجارية كان لغواً، لأن إعتاق ما لم ينفخ فيه الروح لغو" انظر: هامش العزيز ٣١٢/١٢.

(٢) الصحيح "يعتق الحمل، و لم تعتق الأم" انظر: الروضة ١١١/١٢.

(٣) في: أ "للحمل".

(٤) في: أ "الصور".

(٥) انظر: الوجيز ٢٧٤/١، والعزيز ٧٧/٧.

(٦) انظر: الوجيز ٦٦/٢، والعزيز ٨٧/٩.

(٧) في: أ، "المقيد".

(٨) في: أ "ننظر".

(٩) في: ظ "مفارقتهما".

(١٠) "معاً" ليست في: ظ.

(١١) في: ظ "تلد".

وإذا ولدتهما معاً لم تلد واحداً منهما أولا، وإذا لم يعلم، أو ولدتهما معاً، أو أحدهما قبل الآخر، فلا عتق أيضاً، لأن الأصل بقاء الملك، والعتق غير معلوم، وإن عُلِمَ سبق ولادة أحدهما، وأشكل السابق، فالغلام حر بكل حال، لأنه إن سبقت ولادته عتق بالتعليق الأول[١]، وإن سبق ولادة الجارية عتق[٢] بتبعية الأم والجارية[٣] رقيقه بكل حال، لأنه إن سبق ولادة الغلام، لم يعتق غيره، وإن سبق ولادتهما، لم يعتق بتبعية الأم لتأخر عتق الأم عن مفارقتها. وأما الأم فيحتمل أن تكون عتيقة بسبق ولادة الجارية، ويحتمل أن تكون رقيقة لسبق ولادة الغلام، فيؤمر السيد بالبيان، فإن مات قبل أن يبين فالأصح: أنها رقيقة أخذاً بالأصل، وطرحاً[٤] للشك.

وقال ابن الحداد: يقرع عليهما[٥] بسهم عتقٍ، وسهم رقٍ، وذكر في "تقريبه": أنه يقرع بينها[٦] وبين الغلام، فإن خرجت على الغلام لم يعتق غيره، وإن خرجت عليها عتقت، ولم يرق الابن، ويجوز أن يقرع بين شخصين، وتعمل القرعة في أحدهما دون الثاني، ألا ترى أنه لو قال: إن كان هذا الطائر غراباً فامرأتي طالق، وإن لم يكن غراباً فعبدي حرٌ، ولم يتبين الحال، يقرع، فإن خرجت على العبد عتق، وإن خرجت على المرأة لم[٧] تطلّق.

وقال الشيخ أبوعلي: وما ذكره ابن الحداد غلطٌ عند عامة الأصحاب، لأنا شككنا في عتقها، والقرعة لا تُثْبت المشكوك فيه، وإنما تستعمل في تعيين ما يستيقن أصلُهُ، ولو وجب الإقراع هاهنا لوجب فيما إذا قال لزوجته: "إن كان أول[٨] ما تلدينَهُ غلاماً، فأنت طالق، فولدت غلاماً وجارية واشتبه الحال أن يوقف عنها، لأن مايوجب الإقراع في العتق يوجب الوقف في النكاح، ألا ترى أنه لو أعتق أحد عبديه يقرع بينهما

---

(١) "إن سبقت ولادته عتق بالتعليق الأول" ليست في: ظ.
(٢) في: ظ "عتقت".
(٣) "الجارية ليست في: ظ.
(٤) في: أ، ب "ومطرحاً".
(٥) في: ب، ظ "عليها" وفي: أ "عليهم".
(٦) في: ب، ظ "بينهما".
(٧) "لم" ليست في: أ.
(٨) في: أ، ب، ظ "أول ولدٍ".

إذا مات، وإذا[١] طَلَّق إحدى امرأتيه توقف عنهما. كما لا يوقف عند الشك في أصل الطلاق وجب أن لا يقرع عند الشك في أصل العتاق، وفي مسألة الغراب المستشهد بها: أصل الحنث مستيقنٌ[٢] فأقرع للحرية.

قال الشيخ أبوعلي: هذا كله إذا ولدت في صحة السيد، أما إذا ولدت في مرض موته فينظر: إن كان الثلث يفي بالجميع، لم يختلف الجواب، وإلا كما إذا لم يكن له إلا هذه الأمة[٣]، وما ولدت، فيقرع بين الغلام والأم، إن خرجت على الغلام عتق وحده إن خرج من الثلث، وإن خرجت على الأم قوِّمت هي[٤] حاملاً بالغلام يوم ولدت الجارية إن[٥] ولدتها أولاً، ويعتق منها[٦] ومن الغلام قدر الثلث، فإن كانت قيمة الجارية مائة، وقيمة الأم حاملاً بالغلام مائتين فيعتق نصفها، ونصف الغلام وقيمتها مائة، ويبقى للورثة النصف مائة والجارية وهي مائة أيضاً .

الحالة الثانية إذا كان باقي العبد بغيره، فينظر إلى حالة اليسار وعدمها.

الحالة الثانية: إذا كان الباقي لغيره فيعتق نصيبه، لأنه جائز التصرف، وقد وجه العتق على ملكه، ثم[٧] إن كان المعتِق[٨] موسراً بقيمة باقي العبد، لزمه قيمته للشريك، ويعتق الباقي عليه، ويكون ولاء جميع العبد له، وإن كان معسراً بقي الباقي على ملك الشريك، ولا يسري العتق إليه. لما رُوِيَ عن ابن عمر – رضي الله عنهما – أن النبي ﷺ قال: "من أعتق شركاً له في عبدٍ، وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوِّم عليه العبد قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ماعتق" ويروى "من أعتق شركاً له في عبدٍ عتق مابقي في ماله إذا كان ماله يبلغ ثمن العبد"[٩].

---

(١) في: ب، ظ "ولو".

(٢) في: ز "لمستيقن".

(٣) في: أ "الأم".

(٤) في: ظ "بين".

(٥) في: ز "لو" وفي: ظ "أو".

(٦) في: ظ "بينها وبين".

(٧) "ثم" ليست في: ظ.

(٨) في: أ "العتق".

(٩) الحديث متفق عليه، وقد سبق في ص ٩٤٢ و ٩٤٣

وعند أبي حنيفة(١) - رحمه الله تعالى - لا تقويم، ولا سراية، ولكن إن كان المعتق موسراً فخير الشريك بين ثلاثة أمور:

أن يعتق نصيب نفسه، وأن يستسعى العبد حتى يؤدي قيمة نصيبه، ويعتق، وعلى التقديرين يكون ولاؤه بينهما، وإن تضمن المعتق قيمة نصيبه ثم المعتق يستسعى العبد فيما غرم فإذا أداه عتق، وكان جميع الولاء له، وإن كان معسراً فلا يضمنه(٢) الشريك ويتخير بين الخصلتين الأوليين.

شروط تقويم السراية

وليعلم لهذا قوله في الكتاب: "قوم عليه الباقي" بالحاء، ثم إنه ذكر أن التقويم بأربعة شروط:

أحدها: كون المعتق موسراً، فلو(٣) كان معسراً لم يعتق نصيب الشريك، واستقر فيه تبعض الرق، والحرية، وقد سبق أحكامُ من بعضُهُ حرٌّ وبعضه رقيق في أبواب، واكسابه مشتركة بينه وبين السيد، فإن جرت مهايأة بينهما اكتسب يوماً لسيده ويوماً لنفسه، أو(٤) استخدمه السيد يوماً وتركه يوماً، والمهايأة تكون بالتراضي، ولا تلزم على الأظهر، وقد سبق ذكر ذلك، وفي الشرط(٥) مسائل:

إحداها: ليس المقصود من الموسر الذي يُعدُّ من الأغنياء ولكن إذا كان له من المال ما يفي بقيمة نصيب شريكه، فيقوم عليه وإن لم يملك غيره، لظاهر الخبر الذي تقدم(٦) ويصرف إلى هذه الجهة كل مايباع ويصرف إلى الديون فلا يبقى مسكنه وخادمه وكلما يفضل عن قوت يومه، وقوت من تلزمه نفقته، ودست ثوبٍ يلبسه، وسُكنى يوم وليس اليسار المعتبر في الباب كاليسار المعتبر في الكفارة المرتبة، وإلى هذا أشار بقوله في الكتاب: "كما في الديون التي عليه". والاعتبار في اليسار(٧) بحالة الاعتاق،

---

(١) انظر: الهداية ٢/٥٥.
(٢) في: أ " يضمه".
(٣) في: أ "لو".
(٤) في: أ "لو".
(٥) في: أ "الشروط".
(٦) انظر: ص ٩٤٢.
(٧) "اليسار" ليست في: ز.

فإن[١] كان موسراً، حينئذ ثبت العتق، واستحقاق العتق في الباقي[٢]، وإن لم يكن موسـراً وقت الاعتاق ثم أيسر، فلا اعتباريه، وقد استقر التبعيض[٣].

الثانية: لو ملك المعتق قيمة نصيب الشريك لكن عليه من الدين مثـل مايملكـه، أو أكثر، فهل يمنع الدين التقويم والسراية؟ فيـه قـولان، كـالقولين في أن الديـن هـل[٤] يمنـع الزكاة؟ والجامع أن سراية العتق حق لله تعالى، وهو متعلق بحظ الآدمي كالزكاة.

والأصح: أنه لايمنع[٥]، وجعل الشيخ أبوعلى الخلاف في المسـألة وجهـين، وقـال: من الأصحاب من قال: لا تقويم[٦] عليه، لأنه غير موسر بما يملكه بل هو فقير مـن فقـراء المسلمين، ولذلك تَحِلُّ له الزكـاة، فـإن أبـريء عـن الديـن لم يقـوم عليـه أيضـاً كالمعسـر يوسر[٧].

وقال الأكثرون وفيهم ابن الحداد: يقوم عليه، لأنه مالك لما في يده ناقد التصـرف فيه[٨].

ولو اشترى به عبداً وأعتقه نفذ، فكذلك يجوز أن يقوَّم عليه، فعلى هـذا يُضـارِبُ الشريك بقيمة نصيبه مع الغرماء، فإن أصابه بالمضاربة ما يفي بقيمة جميـع نصيبـه فـذاك، وإلا اقتصر على حصته، ويُعتقُ جميع العبد، إن[٩] قلنا: تحصل السراية بنفس الإعتاق، وإن قلنا: لا تحصل بنفس الإعتاق فيعتق من نصيبه بقدر حصته، ويبقى الباقي رقيقـاً، فـإن[١٠]

---

(١) في: أ "وإن".
(٢) في: أ "الثاني".
(٣) في: أ "التبعض" وفي: ب "البعض".
(٤) انظر: الوجيز ٨٥/١، والروضة ١٩٧/٢ حيث قال فيه: فيه ثلاثة أقوال "أظهرها، وهـو المذهـب، والمنصوص في أكثر الكتب الجديدة، لايمنع".
(٥) انظر: الروضة ١١٢/١٢.
(٦) في: ز "يقوم".
(٧) "يوسر" ليست في: ظ.
(٨) "فيه" ليست في: ب.
(٩) في: أ "فإن".
(١٠) في: أ "وإن".

حدث له بعد ذلك مال لم يقوم عليه الباقي، لكن لو ظهر مال كان يملكه يوم الإعتاق[١] ضارب الشريك بقيمة الباقي فيه إلى أن يعتق الجميع.

لو كان العبد بين شريكين قيمته عشرون فجاء إنسان وقال لأحدهما أعتق نصيبك من هذا العبد عني على هذه العشرة

ولو كان بين شريكين عبدٌ قيمته عشرون، فجاء إنسان وقال لأحدهما[٢]: أعتق نصيبك من هذاالعبد عني على هذه العشرة، وهو لايملك غيرها فأجابه، عتق نصيبه عن المستدعي، ولا سراية، لأنه زال ملكه عن العشرة بما جرى، وهو لايملك غيرها.

وإن قال: على عشرة[٣] في ذمتي، فإن قلنا: إن الدين يمنع التقويم والسراية، لم يقوَّم عليه، لأنه يملك عشرة وعليه بالإلتماس والإجابة مثلها.

وإن قلنا: إنه لايمنع، فإن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق عتق جميع العبد وتقسم العشرة بين الشريكين بالسوية، ويبقى لكل واحدٍ منهما خمسة في ذمته، وإن قلنا: لاتحصل بنفس الإعتاق، فيعتق من نصيب الشريك بالسراية حصة الخمسة، وهي ربع العبد ويبق الباقي على الرق، وللشريك المستدعي منه خمسة في ذمته.

ولو كانت المسألة بحالها ولكن قيمة العبد عشرة وقلنا: الدين لايمنع التقويم، فإن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، فيعتق جميع العبد، ويتضارب الشريكان في[٤] العشرة أثلاثاً، لأن المستدعي منه يستحق عشرة، والآخر قيمة نصفه وهي خمسة، وإن قلنا: لا تحصل بالإعتاق، فيعتق منه بالسراية بقدر حصته من العشرة، وهي ثلاثة وثُلُث، وذلك ثلث العبد فينضم[٥] ما[٦] عتق باستدعائه، فيكون جميع ماعتق من العبد خمسة أسداسه.

ولو كانت المسألة بحالها، لكن قيمة العبد: ثلاثون، وقلنا: الدين لايمنع التقويم، فإن قلنا: تحصل السراية بنفس الإعتاق، فيعتق من العبد خمسة أسداسه، النصف بالاستدعاء، والإجابة، والثلث، لأنه موسر بقيمة الثلث، ويتضاربان في العشرة بالسوية،

---

(١) من "فيعتق من نصيبه ... يوم الاعتاق" ليست في: ظ.

(٢) في: أ "أحدهما".

(٣) "على هذه العشرة" ليست في: ظ. وفي ب: "على العشرة".

(٤) "في" ليست في: ظ.

(٥) في: أ "فيضم".

(٦) في: ز "إلى ما".

وإن قلنا: السراية لا تحصل بالإعتاق، فيعتق بالسراية بقدر حصته من العشرة وهي[١]: خمسه وذلك سدس المال فجملة مايعتق من العبد ثلثاه، ويجيئ في هذه الصورة وجه: أنه لا تقويم عليه بسبب آخر، وهو أنه[٢] موسر بقيمة بعض نصيب الشريك لا بقيمة كُلِّه، ويجيء ذكر هذا الخلاف في الفصل.

[فصل: فيما لو ملك نصفين من عبدين متساويي القيمة وأعتق نصيبه وهو موسر]

ولو ملك نصفين من عبدين متساويي القيمة، وأعتق نصيبه منهما وهو موسر بنصف قيمة أحدهما فينظر إن أعتقهما معاً عتق نصيبه منهما، وسرى إلى نصف نصيب الشريك من كل واحدٍ منهما، فيكون جملة مايعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه، وهذا إذا حكمنا بالسراية في الحال.

وقلنا: إن اليسار بقيمة بعض النصيب يقتضي السراية بالقسط، وإن أعتق على الترتيب سرى[٣] إلى جميع الأول، ثم إن قلنا: إن الدين يمنع السراية، فلا سراية في العبد الثاني، لأن قيمة نصيب الشريك من الأول دين عليه.

وإن قلنا: لايمنع فيسرى، وما في يده يصرف للشريك، والباقي في ذمته، وإن كان الشقصان[٤] لشخص صرف إلى كل واحدٍ منهما نصفه.

ولو ملك الشقصين وأعتقهما معاً ولامال له غيرهما فلا سراية، لأنه معسر. وإن أعتق على الترتيب فيعتق كل الأول، لأن في نصيبه من العبد الآخر وفاء بباقي العبد الذي أعتق شقصين ثم إذا أعتق نصيبه من الثاني نفذ العتق في نصيبه، ولا سراية، لأنه معسر[٥] واعترض عليه بأنه[٦] إذا وجب باعتاق نصيبه من الأول قيمة نصيب الشريك صار[٧]

---

(١) في: ظ "وذلك".
(٢) "أنه" ليست في: ز.
(٣) "سرى" ليست في: ظ.
(٤) وهي مثنى شقص – بكسر الشين وسكون القاف. الطائفة من الشيء. انظر: المصباح ٣١٩/١.
(٥) في: أ، ز "موسر". انظر: الروضة ١١٤/١٢.
(٦) في: أ "وأنه".
(٧) "صار" ليست في: ظ.

نصيبه من الثاني مستحق البيع لحق الشريك، لأنه لايملك غيره، فوجب أن لا ينفذ[١] إعتاقه فيه[٢] كما أنه إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد المشترك، وقلنا: لا سراية في الحال، لاينفذ من[٣] الشريك الآخر إعتاق نصيبه على الأصح، لتعلق حق الأول به[٤].

وأجيب عنه بأن الحق هناك تعلق بعين ذلك النصيب.

ألا تراه[٥] لو اتفقا على إقامة عبد آخر مقامه لايجوز. وههنا لم يتعلق بعين نصيبه من العبد الثاني.

ولو أدى المال من موضع آخر يجوز.

قال الشيخ[٦] أبو علي رحمه الله: هذا على القول الذي يقول إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو موسر عتق الكل في الحال.

أما إذا قلنا: لايعتق إلا بوصول القيمة إليه، فإذا أعتق نصيبه من الثاني نفذ العتق، وبطل التقويم، لأنه لم يبق له مال، وتعذر وصول القيمة إلى الثاني وهذا ليس بواضح، وينبغي أن يكون في ذمته إلى أن يجد فإن مات معسراً فسيأتي في التفريع على الأقوال والمسألة التي قبلها من مولدات ابن الحداد رحمه الله.

[فصل: أعتق شريك نصيبه من مرض الموت]

الثالثه: إذا اعتق أحد الشريكين نصيبه في مرض الموت نُظر ان خرج جميع العبد من ثلث ماله قوم عليه نصيب الشريك، وعتق، لأن تصرف المريض في ثلث ماله كتصرف الصحيح في الجميع.

وعن أحمد[٧] رحمه الله: رواية: أنه لا تقويم[٨] في حالة المرض، وفي طريقة

---

(١) في: ظ "أن ينفذ".
(٢) في: ظ "منه".
(٣) في: أ "في".
(٤) "به" ليست في: ز.
(٥) في: ب "ترى أنه".
(٦) "الشيخ" ليست في: ظ.
(٧) انظر: المقنع ص ١٩٩.
(٨) في: ظ "يقوم".

الصيدلاني رحمه الله: بأن إعتاق الشقص في المرض لايؤثر في الباقي.

ويجوز أن يُعْلَم لذلك قوله في الكتاب: "إلا في قدر الثلث" بالحاء والألف، فإنه لا استثناء على ما ذكراه[١]، وإن لم يخرج من الثلث إلا نصيبه عتق نصيبه، ولا تقويم، وإن خرج نصيبه وبعض نصيب الشريك، قوِّم عليه ذلك القدر.

ويجيء فيه خلاف نذكره في يسار المعتق ببعض نصيب الشريك دون البعض.

وبالجملة فالمريض[٢] في الثلث كالصحيح في الكل، وفيما زاد على الثلث هو[٣] معسر[٤].

واحتج القاضي الطبري وغيره باعتبار الثلث على أن التقويم يكون بعد موت المريض، لأن الثلث يعتبر حالة الموت حتى إذا لم يف الثلث بجميع العبد في حال إعتاقه، ثم استفاد مالاً ووُفيَّ عند الموت يقومَّ عليه جميع العبد.

وفي "التهذيب"[٥]: أنه لو ملك نصفين من عبدين متساويي القيمة فأعتقهما في مرض الموت، ينظر إن خرج العبدان جميعاً من الثلث، عتقا سواء أعتقهما معاً أو على الترتيب، وعليه قيمةٍ نصيب الشريك[٦]، وإن لم يخرج من الثلث إلا نصيباه، فإن أعتقهما معاً، عَتَقَ نصيبا، ولا سراية، وإن أعتقهما على الترتيب، عَتَقَ الأول بتمامه و لم يعتق من الثاني شيء، لأنه لزمه قيمة نصيب الشريك من الأول، وصار[٧] نصيبه من الثاني مستحق الصرف إليه، وإن خرجَ من الثلث نصيباه ونصيب أحد الشريكين، فإن أعتقهما على الترتيب، عتق جميع الأول، ولا يعتق من الثاني إلا نصيبه، وإن أعتقهما معاً، فوجهان.

---

(١) في: ظ "ذكره".

(٢) في: ظ "في تصرف المريض"

(٣) في: ب "هو".

(٤) انظر: الوسيط ٣٧٣/٧.

(٥) انظر: التهذيب ٣٦٦/٨.

(٦) في: أ "الشريكين".

(٧) في: ب "فصار".

أحدهما وبه قال ابن الحداد رحمه الله: يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه بعتق نصيباه، ونصف نصيب الشريك من كل واحد كما لو أعتقهما في الصحة وهو موسر بنصيب أحدهما.

والثاني: يُقْرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق كله ولم يعتق من الآخر إلا نصيبه لأن القرعة مشروعة في العتق، ولا يصار إلى التشقيص مع إمكان التكميل[١].

وإن لم يُخرِجُ من الثلث إلا أحد نصيبه، فإن أعتقهما معاً فوجهان:

أحدهما: يُعتقُ من كل واحد نصف نصيبه، وهو ربع كل عبدٍ.

والثاني: يُقْرَع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق منه جميع نصيبه، ولا يعتق من الآخر شيء،

قال: وهذا أصح[٢]، وظاهر اللفظ في أحكام هذه الصورة ينطبق على أن السراية تحصل بنفس العقد.

ولو أعتق النصيبين ولا مال له إلا النصيبان قال الشيخ أبوعلى رحمه الله "في الشرح"[٣] إن[٤] أعتقهما على الترتيب عتق ثلثا نصيبه من العبد الأول، وهو ثلث جميع ماله وثلث ذلك العبد، ويبقى[٥] للورثة سدس ذلك العبد ونصف العبد الآخر، فإن أعتقهما معاً ومات أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق منه ثُلثا نصيبه وهو ثلث ماله.

---

(١) ورد بهامش؟ العزيز ٣١٨/١٣ "قال البلقيني: لم يصحح شيئاً من الوجهين، ورجح القاضي أبوالطيب في شرح الفروع: وجه ابن الحداد. قال عن الوجه الآخر: إنه ليس بصحيح".

(٢) انظر: الروضة ١٥/١٢.

(٣) "قال الشيخ أبوعلي ... في الشرح" ليست في: ز.

(٤) في: ظ "فإن".

(٥) في: أ "يبقى".

[فصل: فيما لو أوصى أحد الشريكين بإعتاق نصيبه بعد موته]

(١)لو(٢) أوصى أحد الشريكين بإعتاق نصيبه بعد موته فلا سرايةٍ، وإن خرج كله من الثلث، لأن المال ينتقل بالموت إلى الوارث ويبقى الميت معسراً ولا تقويم على من لا يملك شيئاً وقت نفوذ العتق في نصيبه، بل لو كان العبد كله له فأوصى بإعتاق بعضه فأعتق(٣) لم يسر.

وكذا(٤) لو دبر أحدهما نصيبه فقال: إذا مت فنصيبي منك حر، وإن قال في الوصية أعتقوا نصيبي، وكملوا العتق فيكمل إن خرج العبد من الثلث، وإن(٥) لم يخرج جميعه وخرج منه شئ(٦) بعد النصيب(٧) نفذت وصيتُهُ في ذلك(٨) القدر(٩).

وههنا فائدتان:

إحداهما: قال القاضي أبو الطيب رحمه الله عندي إذا أوصى بالتكميل(١٠)، فإنما يكمل باختيار الشريك، لأن التقويم إذا لم يكن مستحقاً لا يصير مستحقاً باختيار المعتق، ألا ترى أن المعتق لو كان معسرًا ثم أيسر أو قال: قوِّموه عليَّ حتى أستقرض، لا يجبر الشريك عليه.

والأكثرون: أطلقوا الكلام إطلاقاً وَوَجهُهُ القاضي "الروياني"(١١) رحمه الله: بأنه متمكن من التصرف في الثلث، وإذا أوصى بالتكميل فقد استبقى لنفسه قدر قيمة العبد

---

(١) في: ز، ظ "الرابعة" وهو خطأ.
(٢) في: أ "ولو".
(٣) في: أ "وأعتق". وفي: ظ "وعتق".
(٤) في: ظ "وكذلك".
(٥) في: أ "فإن".
(٦) في: ظ "شيء منه".
(٧) "بعد النصيب" ليست في: أ.
(٨) "ذلك" ليست في: ز.
(٩) في: ز ، ظ "القدر الذي يخرج".
(١٠) "عندي إذا أوصى بالتكميل" ليست في: أ.
(١١) ورد بهامش العزيز ٣١٩/١٣ "وهو في ذلك تابع لابن الصباغ، فإنه حكى كلام القاضي ثم قال: وأصحابنا أطلقوا ذلك، وما قالوه له وجه صحيح، لأن التقويم لايجب، لأن العتق وقع في
=

من الثلث، فكان[1] موسراً به.

والثانية: ذكره الإمام وصاحب الكتاب رحمهما الله: أن صورة الوصية بالتكميل: أن يقول اشتروا نصيب الشريك فأعتقوه، فأما إذا قال أعتقوه إعتاقاً سارياً، فلا خير في هذه الوصية، لأنه لا سراية بعد الموت، فإن أعتقنا نصيبه فالذي أتى به وصية بمحال.

٦٠٩/ز ولك أن تقول: إذا قال اشتروا نصيبه، وأعتقوه فهذا يتوقف على اختياره البيع لامحالة فيعود الأمر إلى ماذكره القاضي أبوالطيب رحمه الله، فإن[2] كان لايتوقف الأمر على اختياره، فلا يبعد أن يقال: إنه كان متمكناً من إعتاق نصيبه والتوسل إلى عتق نصيب الشريك ببذل القيمة في حال صحته وفي مرضه أيضاً إذا[3] كان يخرج العبد من الثلث من غير اختيار الشريك، فتنفذ وصيته بما كان يتمكن منه بنفسه والله أعلم.

[فصل: فيما لو ملك نصفين من عبدين فأوصى باعتاق نصيبه منهما بعد موتهما]

ولو ملك نصفين من عبدين فأوصى بإعتاق نصيبه منهما بعد موته يعتق عن النصيبان ولا سراية.

ولو قال مع ذلك: وكملوا العتق فيهما نظر: إن خرج العبدان جميعاً من الثلث كَمُلَ[4] العتق فيهما، وإن خرج مع نصيبه[5] الباقي من أحدهما دون الآخر ففيه طريقان مذكوران في "التهذيب"[6].

أحدهما: أنه على الوجهين فيما إذا أعتق في مرض الموت النصيبين، ولم يخرج من الثلث إلا نصيباه مع الباقي من أحد العبدين، ففي وجه يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه.

- حال زوال ملك الميت عن المال فجرى مجرى المعسر، فإذا أوصى بتكميله كانت قيمة النصف باقية على تملكه فصار بمنزلة المعسر إذا أعتق. انتهى والذي قاله القاضي أبوالطيب متجه".

(١) في: ظ "فكان".
(٢) في: ب "وإن".
(٣) في: ب، ظ "فلو".
(٤) في: أ "تكمَّل".
(٥) في: ظ "نصيب".
(٦) انظر: ٣٧٢/٨.

وفي آخر: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة أعتِق بتمامه وأعْتِق من الآخر نصيبه لاغير.

والثاني القطع ههنا بالقرعة[١]، والفرق أنه قصد التكميل ههنا حيث أوصى به فيراعى مقصوده بقدر الإمكان.

[فصل: فيما لو كان الشريك المعتق موسراً ببعض قيمة الباقي دون بعض]

الرابعة: إذا كان الشريك المعتق موسراً ببعض قيمة الباقي دون بعض فيه وجهان عن رواية صاحب "التقريب" رحمه الله.

أصحهما: ويحكى عن نصه رضي الله عنه في "الأم"[٢] أنه يسرى القدر الذي هو موسر به مثل أن يجد نصف قيمته يعتق به نصف الباقي ليقرب[٣] حاله من الحرية[٤] والاستقلال.

والثاني: المنع، لأن تقويم ذلك القدر لا يفيده الاستقلال، وثبوت أحكام الأحرار من الولاية، والشهادة والإرث وغيرها، وأيضاً فلئلا يتبعض عليه ملكه كالشفيع[٥] إذا وجد بعض ثمن الشقص لا يأخذه قسطاً من الشقص.

[فصل: فيما لو كان بين ثلاثة عبد فأعتق اثنان نصيبهما، وأحدهما موسر دون الآخر]

ولو كان بين ثلاثة عبد، فأعتق[٦] اثنان نصيبهما، وأحدهما موسر دون الآخر، يقوم نصيب الثالث على الموسر بلا خلاف.

(قال [الغزالي]) الثاني: أن يُعتَقَ باختياره، فإن ورث نصف قريبه فعتق لم يسر، وإذا اتهبَ أو اشترى سرى)[٧].

---

(١) في: ز "بالقرعة هاهنا".
(٢) انظر: الأم ١٢/٨.
(٣) في: ظ "لقرب".
(٤) في: ظ "من الجهة".
(٥) في: ظ "فالشفيع".
(٦) في: أ "واعتق".
(٧) في: أ "سري عليه".

[فصل من شرط السراية أن يحصل العتق باختياره]

[قال الرافعي]: من شرط السراية أن يحصل العتق في نصيبه باختياره، حتى لو ورث شقصاً من قريبه الذي يعتق عليه، فعتق لم يسر، و لم يقوَّم عليه نصيب الشريك، بخلاف ما إذا اشترى.

وجملة القول فيه: أنه إذا ملك بعض قريبه الذي يعتق عليه عتق[1] القدر الذي يملكه[2]، وينظر إن ملك لا باختياره كما إذا ورثه لم يسر، لأن التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات، و لم يوجد منه صُنْعٌ وقصد إتلافٍ، وإن ملكه باختياره، فإما أن يحصل الملك بطريق يقصد به اجتلاب الملك، أو بطريق لا يقصد به التملك[3] غالباً، لكنه يتضمن حصول الملك.

أما الأول: فكالشراء، وقبول الهبة والوصية فذلك[4] يقتضي حصول السراية كما لو تلفظ بالإعتاق، وإن ملكه بما يتضمن حصول الملك ولا يقصد به التملك غالباً، كما إذا كاتب عبداً فاشترى شقصاً[5] ممن يعتق على سيده ثم عجره السيد، فصار الشقص له وعتق عليه، ففي[6] السراية وجهان.

أحدهما: يسري لاختياره وتسببه إلى الملك يفسخ الكتابة.

وأشبههما: ولا يحكى عن ابن الحداد رحمه الله، لأنه لم يقصد التملك، وإنما قصد التعجيز وحصول الملك ضمناً، وإن عجز المكاتب نفسه فلا يسري، لأنه حصل الملك والعتق بغير اختيار السيد وتسببه كما[7] في الأرث.

ولو باع شقصاً ممن يعتق على وارثه كما لو باع ابن أخيه بثوب، ومات ووارثه

---

(١) في: ب "يعتق".
(٢) في: أ "ملكه".
(٣) في: ظ "التمليك".
(٤) في: ز "وذلك". وفي: ظ "ولذلك".
(٥) "شقصاً" ليست في: أ.
(٦) في: ب "وفي.
(٧) "كما" ليست في: أ.

أخوه فوجد بالثوب عيباً فرده واسترد الشقص، وعتق عليه ففي السراية الوجهان[١].

وجه يسري لتسببه إلى الملك بالفسخ، وفي وجه لا، لأن مقصوده رد الثوب لاسترداد العوض، ولذلك[٢] يجري الرد في الثوب والعوض تالف.

ولو وجد مشتري الشقص به عيباً فرده، فلا سراية كما في الأرث والخلاف في الصورتين شبيه بالخلاف[٣] فيما إذا باع الكافر عبداً أسلم في يده بثوب، ثم وجد بالثوب عيباً هل له استرداد العبد؟ ولو أوصى لزيد بشقص ممن يعتق على وارث زيد، كما إذا أوصى له بجارية لزيد منها ابن، أو أوصى له ببعض ابن أخيه ومات[٤] زيد قبل قبول الوصية فقبلها ابنه، أو أخوه عتق الشقص، وهل تحصل السراية؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم لقصده التملك بالقبول.

والأقرب[٥] لا، لأن قبوله يدخل الشقص في ملك المورث[٦] ثم ينتقل إليه بالإرث.

ولو أوصى لزيد بشقص[٧] ممن يعتق عليه ولا يعتق على وارثه، كما لو أوصى له بشقص من ابنه[٨] أو بشقص من أمه، ووارثُهُ أخوه من الأب، فمات وقبل الوصية أخوه عتق ذلك الشقص على الميت، ويسري إن كان له تركة يفي[٩] ثلثها بقيمة الباقي، لأن قبول وارثه كقبوله في الحياة.

قال الإمام هكذا ذكره الأصحاب رحمهم الله، وفيه وقفة، لأن القبول حصل من غير اختياره.

---

(١) في: ظ "وجهان: في وجه".
(٢) في: ب "وكذلك".
(٣) في: أ "الخلاف".
(٤) "له بجارية ... ومات" ليست في: ظ.
(٥) في: ز "وأقربهما".
(٦) في: ز "الوارث".
(٧) "في ملك المورث ... لزيد بشقص" ليست في: ظ.
(٨) في: ظ "من أبيه".
(٩) في: أ "ففي".

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والأصول

تحقيق ودراسة القسم التاسع من كتاب

فتح العزيز في شرح الوجيز

للإمام أبي القاسم عبد الكريم الرافعي (ـ ٥٥٥ - ٦٢٣هـ)

ويبدأ من النوع الخامس في الكلام من كتاب الأيمان وكتاب النذور وأدب القضاء والشهادات والدعاوى والبينات والعتق والتدبير، والكتابة وعتق أمهات الأولاد

رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه من
قسم الدراسات العليا الشرعية بجامعة أم القرى

إشراف

الأستاذ الدكتور/ محمد بن عبد القادر العروسي

إعداد الطالب/

يحيى حسين مساوى المباركي

المجلد الثالث

١٤١٩هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

فرع لو باع عبداً من ابن ذلك العبد ومن أجنبي صفقة واحدة عتق نصيب الابن وقوِّم عليه نصيب الشريك.

وعن أبي حنيفة[١] رحمها الله: أنه لا يضمن الأجنبي[٢] شيئاً، لأن ملكه لم يتم[٣] إلا بقبول شريكه فكأنه أذن له في إعتاق نصيبه حكاه ابن الصباغ رحمه الله.

(قال [الغزالي]: الثالث: أن لا يتعلق[٤] بمحل السراية حق لازم، فإن كان تعلق به رهن أو كتابة أو تبدير أو استيلاد ففي الكل خلاف، والإستيلاد أولاها[٥] بالمنع والتدبير أضعفها)[٦].

[فصل: فيما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه ونصيب الآخر مرهون]

[قال الرافعي] فيه صور إحداها إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه ونصيب الآخر مرهون فقد ذكر في سراية العتق وجهان:

أحدُهما لا يسري صيانة لحق المرتهن.

وأصحهما: السراية، فإن حق المرتهن ليس بأقوى من حق المالك[٧]، فكما قوي الإعتاق على نقل حق الشريك إلى القيمة، يقوي على نقل وثيقة المرتهن إليها[٨].

الثانية: إذا كاتبا عبداً ثم أعتقه أحدهما والصحيح المشهور أنه يسري ويقوم نصيب الشريك عليه، وهل يقوم في الحال أو بعد العجز عن آداء نصيب الشريك؟.

---

(١) قال في الهداية ٥٨/٢ "هذا عند أبي حنيفة رحمه الله: لأن يسار المعتق لايمنع السعاية عنده. وقالا: لا خيار له ويضمن الأب نصف قيمته، لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما".

(٢) في: أ "أجنبي".

(٣) في: ز "لم يتم به".

(٤) في: أ "أن يتعلق".

(٥) في: أ "أولها".

(٦) في: أ "أضعفهما".

(٧) في: ظ "الملك".

(٨) في: أ "إليهما". وفي: ظ "الوثيقة إليها".

فيه اختلاف قول يذكر في الكتابة بتفاريعه، وعن صاحب "التقريب" رواية وجه أو قول: أنه لايسري، إذ لا سبيل إلى إبطال الكتابة كما لا سبيل إلى فسخها، ولأن السراية تتضمن النقل إلى المعتق والمكاتب لا يقبل النقل.

الثالثة: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه ونصيب صاحبه مدبر.

هل يقوم عليه نصيب الشريك؟ فيه قولان

أقواهما: نعم ، لأن المدبّر كالقن في جواز البيع فكذلك في التقويم.

والثاني: لا، لأن التقويم والسراية لتكامل عتق العبد، وقد ثبت للمدبر سبب الحرية فيحصل التكامل به وأيضاً فلئلا يبطل على الشريك قربةُ مهد سببها[١].

قال الإمام رحمه الله: وهذا شديد الشبه عندي بما إذا دبرت المرأة العبد المصدق، ثم طلقها الزوج قبل الدخول.

ثم إن قلنا لا تسري فلو رجع السيد عن التدبير، فهل يسري حينئذ؟.

قال أكثرهم لا، كما لو أعتق وهو معسر، ثم أيسر.

وعن رواية الشيخ أبي محمد رحمه الله: وجه أنه يسري، لأن منع السراية كان على توقع العتق بموجب التدبير، وقد بطل ذلك التوقع، وعلى هذا فيحكم بالسراية عند ارتفاع التدبير[٢] أو بتبين اسنادها[٣] إلى وقت الإعتاق؟ فيه وجهان:

الرابعة إذا أعتق نصيبه، وقد ثبت حكم الاستيلاد في نصيب الآخر، بأن كان الآخر قد استولدها وهو معسر، فهل يسري الإعتاق؟

حكى صاحب الكتاب والإمام رحمهما الله: فيه اختلاف وجهٍ الأصح: المنع لأن السراية تتضمن النقل، وأم الولد لا تقبل النقل من مالك إلى مالك، وقد يوجه الآخر بأن الإعتاق وسرايته ينزل[٤] منزلة الإتلاف، وإتلاف أم الولد يوجب القيمة. ولو استولدها

---

(١) في: ب "سبيلها".

(٢) "وقد بطل ٠٠٠٠ ارتفاع الدبير ليست في: ظ.

(٣) في: ظ "وقد أيسر استنادها".

(٤) في: أ "نزل".

أحدهما وهو معسر وقت الاستيلاد ثم استولدها الثاني أيضاً وثبت حكم الاستيلاد، في نصيبه، ثم أعتقهما أحدهما وهو موسر[١]، ففي السراية ما ذكرنا فإذا جعلنا هذه الأمور مانعة من السراية انتظم أن يقال: شرط السراية أن لايتعلق بمحلها حقٌ لازمٌ[٢].

(قال [الغزالي]: الرابع[٣] أن يتمكن العتق[٤] من نصيبه، أولاً، فلو قال أعتقت نصيب شريكي لَغَا قوله، ولو قال: أعتقت نصف هذا العبد عتق جميع نصيبه، لكن لو قال: بعت نصف هذا العبد فينزل على نصف شائع، ليبطل في البعض أو يخصص بنصيبه[٥]. فيه وجهان، وكذا في الإقرار، والأولى تخصيص البيع بنصيبه وإشاعة الإقرار).

[فصل: من شرط السراية أن يوجه المعتق إلى الإعتاق على مايملكه من العبد]

[قال الرافعي]: يشترط في السراية أن يوجه المعتق الإعتاق على مايملكه من العبد ليتمكن العتق في نصيبه أولاً ثم يسري وذلك بأن يقول: "أعتقت نصيبي من هذا العبد أو النصف الذي أملكه"، فلو قال: أعتقت نصيب شريكي أو نصيب شريكي من هذا العبد حرٌ فهو لغو لا يؤثر في نصيب الشريك، ولا في نصيبه، وإن أطلق، وقال للعبد وهو يملك نصفه أعتقت نصفك فعلام يحمل؟ وجهان.

أحدهما: على النصف الذي يملكه، فإن الإنسان إنما يعتق ما يملكه.

والثاني: أنه[٦] يجري اللفظ على إطلاقه، ويحمل على النصف شائعاً، لأنه لم يخصصه بملك نفسه، وعلى التقديرين يعتق جميع العبد إذا كان موسراً، أما على التقدير الأول فيعتق نصيبه الذي يملكه ثم يسري، وأما على الثاني فلأنه يعتق نصيبه، وهو ربع العبد ثم يسري إلى باقي نصيبه، ثم إلى نصيب الشريك.

---

(١) في: ز "معسر".
(٢) "لازمٌ" ليست في: ظ.
(٣) "الرابع" ليست في: ظ.
(٤) في: ظ "الحق".
(٥) "بنصيبه" ليست في: ظ.
(٦) "أنه" ليست في: ظ.

قال الإمام رحمه الله: ولا يكاد يظهر لهذا الخلاف فائدة إلا أن يفرض تعليق[١] طلاق أو عتاق بأن يقول: إن أعتقت نصفي من هذا العبد فامرأتي[٢] طالق، فإذا قلنا نصفك[٣] حر، وقلنا[٤] بالوجه الأول: يقع الطلاق: وإن قلنا بالثاني: لايقع وإذا باع نصف العبد المشترك بينه وبين غيره على المناصفة، فإن قال: بعت النصف الذي أملكه من هذاا لعبد أو نصيبي منه، وهما يعلمان قدره فلا إشكال، وإن أطلق، وقال: بعت نصفه فوجهان.

أحدهما: ينصرف اللفظ[٥] إلى ما[٦] يملكه فإن الذي يقدم على بيعه مايملكه[٧].

والثاني: يقع شائعاً لإطلاق اللفظ فعلى هذا يكون بائعاً لنصف نصيب الشريك فلا يصح البيع فيه ولنصف نصيبه فيكون على تفريق الصفقة.

ولو أقر لإنسان بنصف العبد المشترَك ففيه هذان الوجهان. فإن قلنا: بالأول فقد أقر بنصفه[٨] المعروف به. وإن قلنا: بالثاني فقد أقر بنصف نفسه[٩] ونصف نصيب شريكه.

وقال أبوحنيفة[١٠] رحمه الله: يحمل النصف المطلق في البيع[١١] على مايملكه، لأن الظاهر أن الإنسان لا يبيع مالا يملكه، وفي الإقرار على الإشاعة، لأن الإقرار إخبار، ولا يمنع[١٢] أن يخبر أن ما في يد زيد ملك عمرو، واستحسن الإمام[١٣] رحمه الله: هذا الفرق

---

(١) في: أ "تعلق".
(٢) في: أ "وامرأتي".
(٣) في: ز "نصفه".
(٤) في: ز "على الوجه".
(٥) في: ب: "اللفظة".
(٦) في: ظ "إلى الذي".
(٧) في: ز "يتقدم على تملكه ما يبعه". وفي: ظ "يقوم".
(٨) في: أ، ب، ظ "بنصف".
(٩) في: أ "بنصف نصيبه".
(١٠) انظر: الهداية ٢/٥٥.
(١١) "البيع" ليست في: ظ.
(١٢) في: ز "يمتنع".
(١٣) قال النووي في الروضة ١٢/١١٩ "الراجح قول أبي حنيفة". والله أعلم.

وبه أخذ صاحب الكتاب.

فقال: "والأولى تخصيص البيع بنصيبه وإشاعة الإقرار", وفي "التهذيب" أن الأصح في البيع أيضاً الحمل على الإشاعة.

فرعان من المولدات[١]:

أحدهما: إذا قال: أحد الشريكين للعبد إذا دخلت دار كذا فأنت حر أو فنصيبي منك حر.

وقال الآخر مثل ذلك فإذا دخلها عتق على كل واحد منهما نصيبه ولا تقويم، لأن النصيبين عتقا دفعة واحدةً، وإنما يقوم إذا تقدم إعتاق أحدهما ولا فرق بين أن يكونا موسرين، أو معسرين، أو أحدهما موسراً والآخر معسراً.

وكذا لو قال أحد الشريكين للعبد إذا كلمتُ فلاناً فنصيبي منك حرٌّ، وقال الآخر، إذا شتمته فنصيبي منك حر فشتمه يعتقان معاً، وكذا الحكم لو وكلا رجلاً بالعتاق فأعتق كله دفعةً واحدة ولا أثر لوقوع التعليقين، والتوكيلين في وقتين مختلفين، وإنما لعبرةً بوقت[٢] الوقع، ألا ترى أنه لو قال لامرأته قبل الدخول: إذا دخلت الدار، فأنت طالق طلقة ثم قال بعد ذلك إذا دخلتها فأنت طالق طلقتين، فإذا دخلتها تطلق ثلاثاً كما لو قال: فأنت طالق ثلاثاً.

الثاني إذا قال أحد الشريكين للعبد المشترك أنت حر، قبل موتي بشهر وقال الآخر بعده بيوم مثلاً فله أحوال:

أحدها: أن يموت المعلق لما دون شهر من وقت التعليق، فيعتق العبد كله على الثاني المنجر إن كان موسراً، لأنه لايمكن أن يعتق. والحالة هذه بالتعليق، لأنه لو عتق

---

(١) "من المولدات" ليست في: ظ.

(٢) في: أ "لوقت".

بالتعليق لعتق عتقاً متقدماً على الموت بشهر، ولو عتق هكذا لعتق قبل التعليق.

وكذا الحكم لو[1] مات بعد مضي شهرين[2] من أول شروعه في لفظ التعليق بلا زيادة وما لم يمض شهر من وقت تمام التعليق، لايمكن أن يعتق بالتعليق.

الثانية: إذا مات لأكثر من شهر من وقت التعليق[3] بأيام فيعتق جميعه على الثاني أيضاً، لأن العتق بالتعليق[4] يتقدم على الموت بشهر، لا ينعطف أكثر من ذلك، وإعتاق المنجر يتقدم على الشهر المتقدم[5] على الموت فنؤخذ قيمة نصيبه المعلق من المنجر. وتدفع إلى ورثة المعلق.

هذا إذا قلنا: السراية تحصل بالإعتاق أو قلنا: بالتبيين، وإن قلنا: أنها تحصل عند أداء القيمة، فإذا سبق وقت العتق بالتعليق أداء القيمة كان في نفوذ العتق عن المعلق. وجهان على ما سنذكر في تفريع أقوال السراية.

الثالثة: إذا مات على رأس شهر من تمام صيغة[6] التعليق فيعتق جميع العبد على الأول لتقدم وقت العتق بالتعليق على التنجيز.

الرابعة: إذا مات على رأس شهر من [تمام كلام] المنجز فيعتق على كل واحد منهما نصيبه ولا تقويم لوقوع العتقين معاً.

(قال [الغزالي]: ثم إذا وجدت[7] الشروط فتتعجل[8] السراية على قول ويتوقف على أداء القيمة على قول وعند الأداء يتبين استناد العتق على قول،

---

(١) في: أ "أو".

(٢) في: أ "شهر".

(٣) في: ظ "أم يعتق" فقط.

(٤) "بالتعليق" ليست في: ظ.

(٥) في: ظ "المقدم".

(٦) في: أ "صفة".

(٧) في: ظ "وجد".

(٨) في: أ، ب، ظ "فتعجل".

وينبني[١] على الأقوال مسائل الأولى في تعجيل سراية[٢] الاستيلاد تجري فيه[٣] الأقوال والعتق أولى بالتعجيل لأنه تنجيز، وقيل عكسه، لأن الاستيلاد فعل).

[فصل: في وقت ثبوت السراية إذا حكم بها]

[قال الرافعي] متى تثبت السراية حيث يحكم بها فيه ثلاثة أقوال[٤]: أصحها[٥]: وبه أجاب في "اختلاف الحديث" و "اختلاف العراقيين" "وكتاب الوصايا" أنها تثبت بنفس اعتاق الشريك.

وبه قال أحمد[٦] لما روي أنه ﷺ قال: "إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه وكان له مال فقد عتق كله" ويروى "فهو حر كله" ويروى "من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ قيمة العبد فهو عتيق"[٧] ولأن يساره بقيمة الباقي أقيم مقام كون الباقي له في اقتضاء السراية، فيحصل بنفس اللفظ كما لو أعتق بعض عبده، ولأن الباقي مقوّم عليه على ما مر في الخبر والتقويم عليه يشعر بحصول الإتلاف.

والثاني: ويحكى عن القديم وغيره وبه قال مالك[٨] رحمه الله: أن السراية لا تحصل إلا إذا أدى قيمة نصيب الشريك، لأن التقويم لإزالة الضرر على العبد والشريك وفي إزالة ملك الشريك قبل حصول العرض إضرار به، فإنه قد يفوت بهرب وغيره، والضرر لايزال بالضرر. ولذلك نقول بتوقف التملك بالشفعة على تسليم العوض.

---

(١) في: ب "فيبنى".

(٢) في: ظ "تسويه".

(٣) "فيه" ليست في أب،ز.

(٤) في: أ "فيه ثلاثة أوجه، أو ثلاثة أقوال".

(٥) انظر: الروضة ١٢١/١٢. حيث نقل فيها النووي "أظهرها: بنفس إعتاق الشريك". وانظر: مغني المحتاج ٤٩٥/٤.

(٦) انظر: المقنع ص ١٩٨، والمغني ٣٥٣/١٤.

(٧) الحديث برواياته متفق عليه "بهذه الألفاظ وزيادة". أخرجه البخاري في صحيحه ١١٧/٣، كتاب العتق وفضله، باب إذا أعتق عبد بين اثنين أو أمة بين شركاء. ومسلم في صحيحه ١٣٥/١٠، كتاب العتق، وانظر: تلخيص الحبير ٢١٢/٤.

(٨) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٣.

والثالث: أنا نتوقف فإن أدى القيمة بان حصول العتق من وقت اللفظ، وإن فات تبينا أنه لم يعتق، ووجِّه بأن الحكم بالعتق يضرُّ بالسيد، والتأخير إلى أداء القيمة يضر بالعبد، والتوقف أقرب إلى العدل، ورعاية الجانبين، وهذا القول فيما ذكر بعضهم مخرجٌ للأصحاب.

والأكثرون قالوا: هو منصوص في البويطي وحرملة.

ويجوز أن يعلم لما بينا قوله في الكتاب "فتتعجل السراية" بالميم.

وقوله ويتوقف[1] على أداء القيمة بالألف.

وقوله "ويتبين استناد العتق بهما جميعاً".

واعلم أنه[2] ساعد المزني على اختيار القول الأول معظم الأصحاب رحمهم الله لكن ضايقوه في التوجيه والتعليل على دأبهم معه، وأكثر ما احتج به من الوجوه يصلح[3] للترجيح و لم أطوِّل بحكايتها ويتعلق[4] بالأقوال ويتفرع عليها مسائل مذكورة في الكتاب وغيره ونقدم ما في الكتاب:

فمنها: إذا أولد أحد الشريكين الجارية المشتركة بينهما بالسوية، فإن كان موسراً سرى الاستيلاد كالعتق وسرى بنفس العلوق أو عند أداء القيمة أو تبين بادئها حصول السراية عند العلوق فيه الأقوال المذكورة في العتق وهل بين العتق والاستيلاد ترتيب أم يستويان وبتقدير الترتيب فالعتق أولى[5] بالسراية أو الاستيلاد؟ فيه الخلاف المذكور في الرهن[6] وعلى الأقوال يجب على المستولد نصف المهر للشريك مع نصيب قيمة الجارية، ثم إن قلنا بحصول الملك بآداء القيمة فيجب مع ذلك قسط نصيب الشريك من الولد.

---

(١) في: ز "فيتوقف".

(٢) في: أ "أن".

(٣) في: ظ "ولا يصلح".

(٤) في: ب "فيتعلق".

(٥) "أولى" ليست في: ب.

(٦) انظر: الوجيز ١/١٦٤ حيث قال: "والاستيلاد مرتب على العتق وأولى بالنفوذ لأنه فعل. وقيل بنقيضه لأن العتق منجز".

وإن قلنا يحصل بالعلوق أو قلنا بالتبيين، فقد حكى الإمام خلافاً للأصحاب رحمهم الله في أنه يثبت بعد العتق أو قبله.

إن قلنا بعده وجب نصف قيمة الولد أيضاً، وإن قلنا قبله لم يجب، وهذا ما أجاب به في "التهذيب"[(١)].

ولو وطئها الثاني قبل أداء القيمة فإن أثبتنا السراية بنفس العلوق، فعلى الثاني كمال المهر للأول، وللثاني على الأول نصفه فيقع نصف المهر في التقاص، وإن قلنا تحصل عند أداء القيمة فعليه نصف المهر، وله على الأول نصفه فيقع في التقاص، وإن كان الذي أولد معسراً ثبت الاستيلاد في نصفه ونصف الآخر قنٌّ ويكون الولد حراً كله[(٢)] أو يتبعض فيه الرق والحرية؟ فيه وجهان أو قولان. والصورة مذكورة في الكتاب مشروحة في أحكام الغنائم.

قال [الغزالي]: الثانية عبد بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر[(٣)] ثلثه، وللآخر سدسه فأعتقا وسرى فالقيمة للسراية على عدد رؤوسهما أم[(٤)] على قدر ملكهما؟ فيه قولان).

[فصل في عبدٍ بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللثالث سدسه فأعتق أحدهم نصيبه وهو موسر]

[قال الرافعي]: عبد بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللثالث سدسه فأعتق أحدهم نصيبه وهو موسر سرى[(٥)] العتق إلى نصيب الشريكين، وإن كان موسراً ببعض قيمة الباقي، وقلنا: بالتصحيح قوِّم عليه بنسبة المقدور عليه من نصيب كل واحد منهما فإن كان موسراً بثلث الباقي قوِّم عليه ثلث نصيب كل واحد منهما.

---

(١) "التهذيب" ليست في: أ . وانظر ٣٦٥/٨.

(٢) "كله" ليست في: ز.

(٣) "نصفه وللآخر" ليست في: ظ.

(٤) في: ب، ج، ظ "أو".

(٥) في: ظ "يسري".

ولو أعتق اثنان منهم نصيبهما معاً أو علقا بشرط واحد، ووكلا رجلاً بالإعتاق عنهما فأعتق نصيبهما دفعة واحدة، فإن كان أحدهما موسراً قوم نصيب الثالث، وإن كانا موسرين قوم نصيب الثالث عليهما.

وكيف يقوم عليهما فيه طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين.

أحدهما: أنه تجعل القيمة عليهما بالسوية.

والثاني: أنها تجعل عليهما على قدر الملكين[١]، فإذا أعتق صاحب النصف وصاحب السدس. غرم صاحب النصف ثلاثة أرباع قيمة الثلث، وصاحب السدس ربعها.

قال في "النهاية" والقولان ينبنيان على أن الشفعة على عدد الرؤوس، أو على قدر[٢] الأنصباء.

والثاني: القطع بأنها على عدد الرؤوس بخلاف الشفعة على أحد القولين.

وفرق بينهما: بأن الأخذ بالشفعة من فوائد الملك ومرافقه، فيكون على قدر الملك كالثمرة والنتاج، والقيمة الواجبة ههنا سبيلها[٣] سبيل ضمان المتلفات[٤] وفي ضمان الإتلافات لايفرق[٥] الحال بين أن تقل الجناية أو تكثر، ألا ترى أنه لو جرح واحد جراحة، والآخر جراحاتٍ فمات المجروح[٦] منها تكون الدية عليهما بالسوية.

وهذه الطريقة أظهر[٧] باتفاق فرق الأصحاب، لكن الإمام رضي الله عنه ارتضى طريقة القولين، وهي التي أوردها صاحب الكتاب، وعن مالك رحمه الله روايتان

---

(١) في: ظ "الماليين".
(٢) في: ظ "أو على قيمة".
(٣) في: ز "سببها".
(٤) في: ب، ز "الإتلافات".
(٥) في: ز "لايفترق".
(٦) في: ظ "المجروحان".
(٧) انظر: الوسيط ٣٦٧/٧، والتهذيب ٣٧٠/٨، والروضة ١٢١/١٢، ومغني المحتاج ٤٩٨/٤.

كالقولين[١].

(قال [الغزالي]: الثالثة إذا حكمنا بتأخر السراية فيجب أقصى قيمته[٢] من يوم الإعتاق إلى يوم الأداء.

وقيل: بل يعتبر يوم الأداء[٣].

وقيل: بل يومُ الإعتاق.

ولو اختلفا في قدر القيمة[٤] فالصحيح أن القول قول الغارم إلا أن يدعي الغارم نقيضة طارئة فيخرج على قولي تقابل الأصلين).

[فصل: إذا حكم بتأخر السراية، فهل تجب قيمته يوم الإعتاق أو يوم الأداء؟]

[قال الرافعي] إن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق أو قلنا[٥] بالتبيين فتعتبر[٦] قيمة يوم الإعتاق، وإن قلنا بتأخرها إلى يوم الأداء فقد حكى الإمام وصاحب الكتاب وجوهاً.

أحدها: أن المعتبر قيمة يوم الأداء[٧]، لأن التلف يحصل يومئذ.

والثاني: تعتبر قيمة يوم الإعتاق، لأن الحجر على المالك يحصل يومئذ.

والثالث: أنه تعتبر أقصى القيم من يوم الإعتاق إلى يوم الأداء، لأن الإعتاق، سبب يدوم أثره إلى التلف فيكون بمثابة جراحة العبد، ومن جرح عبداً ثم مات بعد مدة يعتبر أقصى القيم من يوم الجرح إلى الموت[٨] وكذا إذا غصب عبداً وتلف في يده يجب[٩]

---

(١) مختصر خليل ص ٢٩٤.
(٢) في: ظ "قيمة".
(٣) في: أ "إلى يوم الموت".
(٤) في: ز، ظ "فالقول الصحيح".
(٥) "قلنا" ليست في: ز.
(٦) في: ظ "فتتعين".
(٧) في: ظ "الولادة".
(٨) في: ب "إلى يوم الموت".
(٩) "يجب" ليست في: ب. وفي: ز "يلزمه".

أقصى القيم لأنا ننزل الغصب منزلة التسبب إلى التلف.

وهذا ما رآه الإمام رحمه الله الصواب، ونظم الكتاب يقتضي ترجيحه، لكن الذي أورد أكثرهم، ووجهوه بأن الإعتاق هو السبب الموجب للتقويم، وإن تأخر التقويم فهو كالمفوضة يجب لها مهر المثل بالدخول باعتبار يوم العقد، لأن البضع دخل في ضمانه يومئذ، وعلى أن في المفوضة وجهاً آخر: أنه يعتبر يوم الإصابة.

ولو اختلفا في قيمة العبد فقال المعتق قيمته مائة وقال الشريك بل مائتان فإن كان العبد حاضراً والعهد قريب، فصل الأمر بمراجعة المقومين، وإن مات العبد، أو غاب أو تقادم العهد فمن المصدق باليمين[1] منهما؟ فيه قولان:

أصحهما وهو اختيار المزني المعتق، لأنه الغارم وهذا كما أنه إذا اختلف الغاصب والمالك في قيمة المغصوب بعد تلفه يصدق الغاصب.

والثاني: أن المصدق الشريك، لأن المعتق يتملك عليه قهراً فيصدق المتملك[2] عليه كما إذا اختلف الشفيع مع المشتري في الثمن المأخوذ به يصدق المشتري وعلام تبنى القولان؟ قال أكثرهم: هما مبنيان على أن السراية تتعجل باللفظ، أو تتأخر إلى أداء القيمة، إن قلنا تتعجل فالمصدق المعتق لأنه غارم، وإن قلنا تتأخر فالمصدق الشريك، لأن ملكه باق فلا ينتزع إلا[3] بما يقوله كما في المشتري مع الشفيع.

وعن القفال: أن القولين جاريان سواء قلنا بتعجل السراية، أو بتأخرها، وهما كما نص الشافعي رضي الله عنه فيمن اشترى عبدين ومات أحدهما عنده[4] ووجد بالآخر عيباً وقلنا: إن له[5] أن يفرده بالرد ويسترد حصته من الثمن.

فلو اختلفا في قيمة العبد ليعرف حصة المردود من الثمن فقد ذكر قولين:

---

(١) في: ظ "منها بالميمين".
(٢) في: ظ "المالك".
(٣) "إلا" ليست في: أ.
(٤) "عنده" ليست في: ظ.
(٥) "إن له" ليست في: أ.

أحدهما: أن المصدق[١] البائع لأنه ملك جميع الثمن، والآن يحتاج إلى الرد فهو غارم.

والثاني: أن المصدق المشتري، لأن البائع يدعي عليه: أنك تملكت العبد التالف[٢] ٦١٣/ز بثلثي الثمن مثلاً وهو يقول: تملكته بالنصف.

قال الصيدلاني: وفائدة[٣] الطريقتين في الأب إذا أستولد جارية ابنه، فإن بنينا[٤] القولين على أن السراية متى تحصل؟ فهناك المصدق في قيمة الجارية الأب، لأنه ليس هناك قول أن الاستيلاد يتوقف على أداء القيمة، وإن لم نبن على ذلك الأصل فهاهنا[٥] أيضاً قولان.

أحدهما: يصدق الأب، لأنه غارم.

والثاني: الابن إذ[٦] الأصل أن لايستحق إلا بما[٧] يزعم.

ولو اختلفا في صفة العبد تزيد بها القيمة، وهما متفقان على قيمته لو لم توجد تلك الصفة.

مثل: أن يدعي الشريك أنه كان خبازاً وأنكر المعتق، فإن كان العبد حاضراً وهو يحسن الصنعة، و لم يمض من الزمان بعد الاعتاق مايمكن تعلمها فيه فيصدق الشريك.

وإن[٨] مضى من الزمان مايمكن التعلم[٩] فيه، أو كان العبد غائباً أو ميتاً فطريقان:

---

(١) في: ظ "أن المشتري" وهو خطأ.

(٢) في: أ "التلف".

(٣) في: ظ "وتظهر فائدة".

(٤) "بنينا" ليست في: ظ

(٥) في: أ ، ز ، ظ "فهناك".

(٦) في: ظ "لأن الأصل".

(٧) "بما" ليست في: ز.

(٨) في: أ "فإن".

(٩) في: ظ "التعلم".

أحدهما: أن في المصدق منهما قولين، لأنهما مختلفان في قدر القيمة كما في الصورة السابقة.

وأصحهما: وبه قال أبوإسحاق إن[1] القول قول المعتق، لأن الأصل عدم الصنعة التي يدعيها الشريك، وبراءة ذمته عن الزيادة التي يدعيها الشريك، ولا يقبل قول العبد على الشريك: إني لست بخباز، لأنه قد يكتم الصنعة، ولا على المعتق إني أحسنها بل يجرب.

ولو اختلفا في عيب العبد بنقص القيمة ينظر[2] إن ادعى المعتق عيباً في أصل الخلقة، بأن قال كان أكمه أو أخرس، وقال الشريك بل كان بصيراً ناطقاً، وقد غاب العبد، أو مات فيصدق المعتق بيمينه، لأن الأصل براءة ذمته، والأصل عدم مايدعيه الشريك ومنهم، من يجعله على قولين كما لو اختلفا في مقدار القيمة مطلقاً، والظاهر الأول لكن خصصه في "التهذيب" بما إذا ادعى النقيصة في الأعضاء الظاهرة، أما إذا ادعاها في الأعضاء الباطنة فهو على القولين فيما إذا ادعى حدوث العيب بعد أصل السلامة والفرق أن في الأعضاء الظاهرة يتمكن الشريك من إثبات السلامة وإن ادعى حدوث[3] عيب بعد السلامة بأن زعم ذهاب بصره أو كونه آبقاً أو سارقاً فقولان:

أحدهما: أنه يصدق المعتق، لأن الأصل براءة ذمته.

وأصحهما[4]: على ماذكره الروياني "وصاحب التهذيب" رحمهما الله: أن المصدق الشريك، لأن الأصل عدم حدوث العيب وعن الماسرجسي[5] بناء القولين على

---

(١) "إن" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) في: ز "نظر".

(٣) من قوله: "العيب بعد أصل ... ادعى حدوث" ليست في: أ، ظ.

(٤) "أحدهما أنه يصدق ... وأصحهما" ليست في: ظ.

(٥) هو: محمد بن علي الماسرجسي أبو الحسن أحد الأئمة الشافعية بخراسان، وأعرفهم بالمذهب، وترتيبه، وفروع المسائل: تفقه بخراسان والعراق والحجاز، سمع من أصحاب المزني وهو شيخ القاضي أبي الطيب. وأخذ العلم عن أبي إسحاق المروزي وغيره. توفي (٣٨٤هـ).
انظر: ترجمته: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢١٢-٢١٤ وشذرات الذهب ٣/١١٠. وطبقات ابن هداية الله ص٩٩ و ١٠٠.

أن السراية تتعجل أو تتأخر إن تعجلت[١] صدق المعتق، لأنه غارم وإلا فلا، وقد سبق مثله وخصص بعضهم القولين بما يشاهد ويطلع عليه وقطع فيما لا يشاهد بتصديق الشريك لعسر إثباته بالبينة.

وقوله في الكتاب "فيخرج على قولي تقابل الأصلين" المقصود منه ما بينه الإمام و "صاحب الكتاب" في "الوسيط" وهو أنه ليس المعنى بتقابل الأصلين بقاؤهما بحيث يستحيل الترجيح، لأن التعارض المحقق[٢] يقتضي سقوط القولين، ولابد من الفتوى بأحدهما وتخيير المفتي بين متناقضين لا وجه له.

لكن يُطلب الترجيح من مدرك[٣] آخر سوى استصحاب الأصول، فإن لم يظهر وجب التوقف إلى أن يظهر.

نعم خصصت[٤] المسائل التي يتدانى فيها مأخذان، ويتقابل أصلان بحيث يدق فيها الترجيح بهذا اللقب[٥] وذلك كوجوب فطرة العبد المنقطع خبره، فالأصل براءة الذمة من جانب وبقاء الحياة من جانب، وكما في دعوى حدوث العيب في العبد[٦]، فإن الأصل عدم الحدوث من جانب وبراءة الذمة من جانب، فإن لم يسلم الغارم أصل السلامة خرجت الصورة عن جانب[٧] التقابل.

(قال [الغزالي]: الرابعة لو مات المعتق قبل الأداء على قول التوقف فالقيمة في تركته.

ولو مات العبد ففي سقوط القيمة وجهان[٨] ولا ينفذ بيع الشريك قبل الأداء

---

(١) في: أ "تعجل".
(٢) "لأن التعارض المحقق" ليست في: ظ.
(٣) في: ب "أوجه".
(٤) في: أ "خصص".
(٥) "بهذا اللقب" ليست في: ظ.
(٦) في: ب، ز، ظ "في الفصل".
(٧) في: ب، ز "قالب".
(٨) "وجهان" ليست في: ظ.

وفي إعتاقه وجهان. ومهما أعسر المعتق قبل الأداء ارتفع الحجر عن[1] الشريك).

[فصل: فيما لو مات المعتق قبل الأداء]

[قال الرافعي]: في الفصل مسألتان[2] إحداهما إذا مات المعتق قبل أداء القيمة[3] أخذت من تركته.

أما إذا قلنا: بتعجيل السراية، أو قلنا بالتبيين فظاهر.

وأما إذا أخرناها إلى أداء القيمة، فلأن الإعتاق وجد في الحياة، وصار عتق نصيب الشريك مستحقاً به وذلك مما يوجب القيمة، وقد يُوجدُ سببُ الضمان في الحياة ويتأخر الوجوب عنها، كمن حفر بئراً في محل عدوانٍ، وتردى[4] فيها بهيمة أو إنسان[5] بعد موته، وإن أعسر بعد الإعتاق ومات معسراً، فإن أثبتنا السراية بنفس الإعتاق فالقيمة في ذمته، وإن قلنا بالقولين الآخرين، لم يعتق نصيب الشريك ذكره في "التهذيب".

وقوله في الكتاب: "ولو مات المعتق قبل الأداء على قول[6] التوقف" لم يرد به التوقف في الحكم إلى أن يوجد الأداء أو لايوجد[7] ولكن أراد توقف العتق على أداء القيمة كما ذكر في التعبير عن الأقوال، فيقال: ويتوقف على أداء القيمة[8] على قول، ثم الحكم المذكور، وهو أن القيمة في تركته لا يختص بهذا القول بل هو على سائر الأقوال أظهر، وإنما خصَّه بالذكر[9]، لأنه موضع الشبهة.

---

(١) في: ز "على".
(٢) في: ب، ز، ظ "جملتان".
(٣) "القيمة" ليست في: ز.
(٤) في: ز "فتردى".
(٥) في: ز "إنسان أو بهيمة".
(٦) "قول" ليست في: أ.
(٧) "أو لا يوجد" ليست في: أ.
(٨) "كما ذكر ... على أداء القيمة" ليست في: ظ.
(٩) في: أ "بالفكر".

ولو[١] مات العبد قبل أداء القيمة، فإن قلنا السراية تحصل بالإعتاق، مات حراً موروثاً منه ويؤخذ قيمة نصيب الشريك، وإن قلنا بالتبيين وجب[٢] أداء القيمة، فإذا أديت بان أن الأمر كذلك.

وإن قلنا بتأخر السراية إلى وقت الأداء فوجهان:

أظهرهما: أنها تسقط، لأن وجوب القيمة لتحصيل العتق، والميت لا يعتق.

والثاني: المنع لأنه مال[٣] استحق / في الحياة فلا يسقط بالموت . ٦١٦/ز

وذكر الإمام على هذا أنه يجب على المعتق قيمة نصيب شريكه، ثم يتبين أن العتق حصل قبيل موته وهو يضاهي مذهب أبي حنيفة رحمه الله في أن المكاتب إذا حلف وفاءً تؤدى النجوم منه.

ويتبين أنه عتيق[٤] قبل الموت.

وفي: "التهذيب" تفريعاً على تأخير السراية أنه يموت نصفه رقيقاً ثم ذكر الوجهين في أن الشريك هل يطالبه بقيمة نصيبه، وهذا بعيد.

[فصل: فيما إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة]

الثانية[٥]: إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة لم ينفذ إن أثبتنا السراية في الحال، وإن أخرناها إلى أداء القيمة فوجهان:

أحدهما: لا ينفذ أيضاً، لأن المعتق استحق أن يملكه[٦] بالقيمة ليعتق عليه ويكون ولاؤه له ولا يجوز صرف العتق عن المستحق إلى غيره كما أن المستولدة لما صارت مستحقة العتق على السيد لم يجز صرف عتقها إلى غيره.

---

(١) في: أ "فلو".

(٢) في: أ، ب "وقف إلى"

(٣) "مال" ليست في: ب.

(٤) في: أ، ب "عتق قبيل".

(٥) في: أ "الحالة الثانية". وفي ب، ظ "الجملة الثانية".

(٦) في: أ "يتملكه".

والثاني: وبه قال أبوحنيفة والإصطخري وأبوعلي بن خيران وابن أبي هريرة رحمهم الله أنه ينفذ[1] لمصادقته الملك، وأيضاً فلأن المقصود تكميل العتق، والتكميل يحصل به ويغني عن القيمة. وهذا أظهر عند "الصيدلاني".

والأول أظهر عند معظم الأصحاب[2] رحمهم الله.

فإن قلنا ينفذ الإعتاق فعن القاضي الحسين رحمه الله: إن في البيع والهبة ونحوهما وجهين:

والظاهر وهو المذكور في "الكتاب" المنع.

وعن الشيخ أبي محمد[3] القطع به.

وإذا قيل بنفوذ البيع فهل للشريك أن يتبع البيع بالنقص ويبدل القيمة كما ينقص الشفيع بيع المشتري؟ فيه احتمال للإمام.

وللشريك مطالبة المعتق بقيمة نصيبه على الأقوال جميعاً[4].

أما على غير قول التأخير، فظاهر، وأما على[5] التأخير، فلأنه محجور ممنوع من التصرف والحيلولة من أسباب الضمان.

قال الإمام رحمه الله: ويلزم على قولنا بنفوذ البيع ونحوه أن لايملك مطالبته به. وأن يكون المعتق مختاراً في بذل القيمة كالشفيع في بذل الثمن وهو ضعيف، وإذا دفع المعتق القيمة أُجبر الشريك على قبولها إن وقفنا العتق على أدائها وإذا لم يدفع المعتق ولا طلب الشريك فللعبد طلب الدفع من هذا والقبض من هذا فإن امتنع فللحاكم مطالبتهما لأن العتق متعلق حق الله تعالى، فإن[6] كان الشريك غائباً فتدفع القيمة إلى

---

(١) "ينفذ" ليست في: ب.

(٢) في: ب، ظ "أبي حامد".

(٣) انظر: الوسيط ٤٦٨/٧، والتهذيب ٣٦٧/٨، والروضة ١٢٣/١٢، ومغني المحتاج ٤٩٧/٤.

(٤) في: ز "جميعها".

(٥) في: ب "على قول".

(٦) في: أ "وإن".

وكيله، فإن لم يكن له وكيل، جعله القاضي عند أمين وله أن يقره في يد المعتق إذا كان أميناً.

وإذا تعذربت القيمة بإفلاس[١] أو هربٍ ففي كلام الصيدلاني والروياني

وحكاه[٢] الإمام عن الشيخ أبي علي أنه يبقى نصيب الشريك رقيقاً ويرتفع الحجر عنه إذ لا وجه لتعطيل ملكه عليه من غير بذل، وللإمام فيه احتمال، لأن علقة العتق قد تثبت فيلزم[٣] وأقام هذا الاحتمال في "الوسيط" وجهاً وقال[٤] الصحيح أن اعتبار المعتق يرفع الحجر وما حكينا عن صاحب "التهذيب": أنه إذا أعسر المعتق ومات معسراً يشعر بالجواب بذلك الوجه، فإنه لم يكتف بالإعسار بل اعتبر الموت.

ولو عاد اليسار قال الشيخ أبو علي لايعود التقويم، لأن حق العتق قد ارتفع بتحلل الإعسار وفيه احتمال أيضاً للإمام.

فرع: في مقدار صداق الجارية الموطؤة من الشريك قبل الأداء.

في مقدار صداق الجارية الموطوؤة من الشريك قبل الأداء.

إذا قلنا لا تحصل السراية قبل أداء القيمة فلو وطئ الشريك الجارية قبل الأداء وجب نصف المهر، لنصفها الحر.

قال الإمام رحمه الله: وليقع الغرض في وطئ محترم أو فيما إذا كانت مكرهة مضبوطة، وفي النصف الآخر وجهان عن رواية صاحب "التقريب".

أظهرهما[٥]: أنه لا يلزم لمصادفته مالكه.

والثاني: يلزم ويصرف إلى الشريك المعتق، لأن الملك، وإن[٦] كان للواطئ فهو مستحق الإنقلاب إليه، وهذا كوجه ذكر فيما إذا باع جارية بشرط الخيار[٧].

---

(١) في: ظ "فلا بأس لو" وهو خطأ.

(٢) في: أ "وحكى".

(٣) في: ب "فليلزم".

(٤) في: ظ "فقال".

(٥) انظر: الروضة ١٢/١٢٤.

(٦) في: ب "إن".

(٧) في: أ، ب، ظ "خيار".

وقلنا: إن الملك للبائع فوطئ بشبهة ثم لم يفسخ العقد، أن المهر للمشتري نظراً إلى المال.

قال الإمام: ويجوز أن يقال تفريعاً على الوجه الثاني: أنه يكون للجارية، لأن مصيرها إلى العتق بتقدير الإنقلاب إلى المعتق.

وينبغي أن لا ينجز[1] إلزامه بل يثبته عند السراية حتى لو ماتت الجارية، وقلنا: لا سراية بعد الموت، فلا يوجب نصف المهر لتبين استمرار الملك له.

وإن[2] قلنا تحصل السراية بنفس الإعتاق فيجب جميع المهر لها ولا حد للإختلاف في ملكه والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الخامسة إذا قال مهما أعتقت نصيبك فنصيبي حرٌّ فأعتق المقول له وهو موسر عُتِقَ كله عليه[3]، لأن السراية أقوى من التعليق.

وإن[4] كان معسراً نفذ على المعلق.

ولو قال فنصيبي قبله حرٌّ فهو دور ويمتنع العتق على المقول له عند من لا يبطل الدور اللفظي).

[فصل: إذا قال أحد الشريكين للآخر إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر ونحو ذلك].

[قال الرافعي] إذا قال أحد الشريكين للآخر إذا اعتقت نصيبك فنصيبي حر أو قال فجميع العبد حر أو قال فنصيبي حر بعد عتق نصيبك، فإذا أعتق المقول له نصيبه، نظر: إن كان معسراً عتق على[5] كل واحد منهما نصيبه على المقول له بالتنجيز، وعلى المعلق بمقتضى[6] التعليق، وإن كان موسراً عتق نصيبه عليه.

---

(١) في: ظ "أن ينجز".

(٢) في: ظ "إن".

(٣) في: أ "عليه كله"

(٤) في: أ، ب "ولو".

(٥) "على" ليست في: ظ.

(٦) في: ظ "لمقتضى".

ثم إن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، عتق الكل عليه، ولزمه قيمة[١] نصيب المعلق.

ووجه ذلك بأن السراية أقوى من العتق بالتعليق، لأن السراية قهرية تابعة لعتق النصيب، لا مدفع لها وكأن الملك الذي تتضمنه السراية مختطفٌ منتزع من البين[٢] وموجب التعليق قابل للدفع بالبيع ونحوه.

وإن قلنا بالتبيين، فكذلك الحكم إذا أديت القيمة، وإن قلنا بتأخر السراية إلى أداء القيمة فنصيب المعلق / عمن يعتق[٣]؟ فيه وجهان : ٦١٧/ز

أحدهما: عن المعلق لوجود الصفة ونصيبه في ملكه.

والثاني: عن المعتق وعليه قيمته، وبني ذلك على الخلاف في أنه إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه، هل ينفذ إعتاق الآخر قبل أداء القيمة تفريعاً على هذا القول؟ إن قلنا: نعم. عُتِقَ نصيب المعلق عنه، وإن قلنا: لا ، عتق على المقول له إذا أدى القيمة[٤].

ولو قال: إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر مع عتق نصيبك أو في حال عتق نصيبك[٥] فوجهان مع التفريع على أن السراية تحصل بنفس الإعتاق[٦].

أحدهما: وبه قال ابن القاص وصاحب "التقريب" رحمهما الله: أنه يعتق جميع العبد عليهما، نصفه عن المعتق بالإعتاق، ونصفه عن المعلق بوجود الصفة، ولا شيء على المعتق، وذلك لأن اعتبار المعيَّة يمنع السراية وهذا ما اختاره القاضي أبوالطيب وحكاه الروياني عن عامة الأصحاب.

والثاني: وبه قال القفال: أنه يُعتق الجميع على القول به أيضاً ولا أثر لقوله مع

---

(١) "القيمة" ليست في: أ. وفي ب: "لزمته قيمة".

(٢) في: أ "اليمين".

(٣) في: ظ "يعتق عن المعتق".

(٤) من قوله "تفريعاً ... إذا أدى القيمة" ليست في: ز.

(٥) "أو في حال عتق نصيبك" ليست في: أ.

(٦) في: ظ "العقد".

نصيبك فإن[١] المعلق لا يقارن[٢] المعلق عليـه، بـل يتـأخر عنـه لا محالـة، وهـذا مـا أورده الشيخ أبوعلي في "شرح الفروع" وألحقه بما حكى عن[٣] ابن سريج: أنـه لـو قـال لعبـده سالم: أنت حر، في حال عتق غانم، أو قال: مهما أعتقتُ غانماً فأنت حـر مـع عتقـه، ثـم أعتق غانماً في مرض الموت، والثلث لا يفئ إلا بأحدهما لا يقرع بينهما، بـل يتعـين غـانم للعتق، لأن عتق سالم مشروط بعتقه، فلا يؤخذ[٤] دونه[٥].

وهذه المسألة قد مرت في "الوصايا" من غير تعرض المعلق للمعية، وذكرنا وجهـاً: أنه يقرع بينهما. والوجهان المذكوران فيما إذا قال: فنصيبي حر مع نصيبك يجريان ههنـا أيضاً وبناهما الإمام على أنه إذا أعتق عبيداً[٦] في مـرض موتـه لا مـال لـه غـيرهم[٧] ورد الإعتاق إلى الثلث، فكيف نقول؟ أنقول[٨] يثبت الإعتاق في الزايد على الثلث، ثم أبطـل، أو نقول يتبين الحصر[٩] في الثلث أنه لم يثبت في غيره؟

فيه قولان يجريان في كل وصية زائدة على الثلث، فإن قلنا: يثبت العتق في الجميع ثم أبطل فيقرع بينهما، ويجعل كأنه أعتق العبدين، وإذا خرجت القرعة على سـالم عتـق، لأنه قد ثبت عتق غانم وتحققـت الصفـة ثـم رُدّ، وإن قلنـا يتبـين أنـه لم ينفـذ، فلـو أقـرع وخرجت القرعة لسالم، لزم[١٠] أن لا يعتق غانم، لأن القرعـة لم تخـرج لـه، وإن لا يعتـق سالم، لأن شرط عتقه عتق غانم، وكيف[١١] يجوز أن يعتـق عبديـن يخـرج أحدهمـا مـن الثلث، ولا يعتق واحد منهما، فلذلك تعين عتق غانم.

---

(١) في: ظ "لأن".
(٢) في: ظ "لايفارق".
(٣) "عن" ليست في: أ.
(٤) في: ز "فلا يوجد".
(٥) في: أ : دوله".
(٦) في: ظ "عبداً".
(٧) في: ظ "غيره".
(٨) في: ظ "فكيف يقدر القول". وفي: ب "يقدر أنقول".
(٩) في: أ "الحصر". وفي: ب، ظ "في الحصر".
(١٠) في: ز "لزمه".
(١١) في: ظ "فكيف".

ولو قال: إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر قبل عتق نصيبك فأعتق المقول له نصيبه نظر: إن كانا معسرين، أو كان المعلق معسراً عتق نصيب المنجز، ونصيب المعلق عتق عليه قبل ذلك بموجب التعليق، ولا سراية، وإن كان القائل المعلق موسراً وقلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق؟ ففيه[١] وجهان.

من صحح الدور اللفظي كابن الحداد يقول: لا ينفذ إعتاق المقول له في نصيبه، لأنه لو نفذ لعتق نصيب القائل قبله.

ولو عتق لسرى، ولو سرى لبطل عتقه، فيلزم من نفوذه عدم نفوذه، وعلى هذا فلو قال السيد لعبده "مهما أعتقتك فأنت حر قبله"[٢] لم يتمكن من إعتاقه كما سبق نظيره في[٣] الطلاق.

ولو صدر هذا التعليق من الجانبين امتنع الإعتاق عليهما.

ولو قال أحدهما للآخر: مهما بعت نصيبك فنصيبي حر قبله[٤] لم يتمكن من إعتاقه كما سبق نظيره في[٥] الطلاق.

ولو صدر هذا التعليق من الجانبين امتنع الإعتاق عليهما.

ولو قال أحدهما للآخر: مهما بعت نصيبك فنصيبي حر قبله[٦] لم ينفذ البيع.

والمستبعدون لصحة الدور وانسداد باب الطلاق ونحوه أولى بالاستبعاد ههنا لتضمنه الحجر على الغير[٧]، ومن لا يصحح الدور وهو الأظهر، يقول: يعتق نصيب كل واحد منهما عنه ولا شئ لأحدهما على الآخر كما لو قال المنجز[٨] مع نصيبك. وإن

---

(١) في: ظ "فيه".
(٢) "قبله" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) في: ز "من".
(٤) "قبله" ليست في: أ، ب، ظ.
(٥) في: ز "من".
(٦) في: أ، ب، ظ "قبل".
(٧) في الروضة ١٢٦/١٢ "على العين".
(٨) "المنجز" ليست في: ب، ز ، ظ.

قلنا: إن العتق يحصل(١) له بأداء القيمة، فإن نفذنا عتق الشريك قبل أداء القيمة(٢) قبله على المعلق، وإن لم ننفذه. قال الإمام: تدور المسألة أيضاً، لأنه إذا أعتق نصيب المعلق أولاً صادف إعتاق الثاني من هو مستحق للعتق(٣) الأول، فلا ينفذ وإذا لم ينفذ لايعتق نصيب المعلق، لأنه مشروط به في هذه الصور جميعاً لو أعتق المعلق(٤) نصيبه عتق، وتثبت السراية إذا وجد شرطها(٥) والله أعلم.

(قال [الغزالي] السادسة: لو قال أعتقت(٦) نصيبك، وأنت موسر، فأنكر عتق نصيبُ المدعي مجاناً ثم يحلفه، فإن نكل استحق باليمين المردودة قيمة نصيبه ولم يعتق نصيب المدعى عليه.

ولو قال: واحد: إن كان هذا(٧) الطائر غراباً فنصيبي حر، وقال الآخر: إن لم يكن(٨) فنصيبي(٩) حر لم يعتق شئ للشك، فإن اشترى العبد ثالث(١٠) حكم بحرية النصف في يده لليقين(١١)، ولم يكن له الرجوع على أحدهما(١٢) بالثمن).

[فصل: إذا ادعى أحد الشريكين على الآخر وهو موسر...]

[قال الرافعي]: إذا ادعى أحد الشريكين على الآخر وهو موسر: إنك أعتقت(١٣) نصيبك وعليك قيمة نصيبي، فأنكره نظر: إن كان للمدعي بينة حكم بمقتضاها، ومتى

---

(١) "يحصل" ليست في: أ، ب، ظ.
(٢) "فإن نفذنا ... أداء القيمة" ليست في: أ.
(٣) في: أ، ب، ظ "العتق".
(٤) "المعلق" ليست في: أ.
(٥) في" ز "شرطهما".
(٦) في: أ "عتقت".
(٧) "هذا" ليست في: أ، ب.
(٨) في: ظ "يكن غراباً".
(٩) قوله "وقال الآخر إن لم يكن فنصيبي حر". ليست في: ز.
(١٠) في: أ "الثالث".
(١١) في: ظ "للمتيقن".
(١٢) في: ز ، ط "على أحدهما رجوع".
(١٣) في: أ "عتقت".

يعتق نصيب المدعي؟ فيه الأقوال[١] وإن لم تكن بينة فالمصدق المنكر مع يمينه، فإن حلف رُقَّ نصيبه، وإن نكل حلف المدعي اليمين المردودة، واستحق القيمة.

والصحيح أنه لايحكم[٢] بعتق نصيب المدعى عليه، لأن الدعوى إنما توجهت عليه بسبب القيمة، وإلا فلا معنى للدعوى على الإنسان[٣] بأنه أعتق عبده، وإنما ذلك[٤] من وظيفة العبد.

ثم[٥] لو شهد هذا المدعي مع آخر ثبت العتق بشهادة الحسبة.

قال الإمام، وأبعد بعض من لا خبرة له وقضى بالعتق في نصيب المدعى عليه[٦] بيمين الرد تبعاً لدعوى القيمة، وهل يحكم بعتق نصيب المدعي إذا حلف المدعى عليه أو نكل، وحلف المدعي إن قلنا: إن السراية تتعجل فنعم، لاعترافه بسراية إعتاق المدعى عليه إلى نصيبه، وإن قلنا بالتأخير لم يعتق.

وإذا عُتِق نصيبه فلا يسري إلى نصيب المنكر، وإن كان المدعي موسراً، لأنه لم ينشئ العتق فأشبه ما إذا ادعى أحد الشريكين على رجل أنك اشتريت نصيبي وأعتقته. وأنكر المدعى عليه بعتق نصيب المدعي ولا يسري.

ووجه أيضا: بأن نصيبه عُتِقَ لا باختياره بل نصيبه لقوله: أعتقت نصيبك، فصار كما لو ورث[٧] بعض من يعتق عليه، يعتق ما ورثه، ولا يسري.

---

(١) أي الأقوال الثلاثة في ثبوت السراية وهي:
أ – تتعجل على قول: أي زمن إعتاق الشريك.
ب – تتوقف على أداء القيمة.
ج – التوقف. انظر: الوجيز ٢٧٥/٢، والعزيز ٣٢٦/١٣، والروضة ١٢٠/١٢ و ١٢١، وكذلك ص ١٢٧.

(٢) في: أ "نحكم".

(٣) في: أ "على إنسان".

(٤) في: ظ "هو".

(٥) في: ب، ز ، ظ "نعم".

(٦) "عليه" ليست في: ب

(٧) في: ظ "لو قد ورث".

وإن قلنا لايعتق إلا بعد أداء القيمة، لم يعتق نصيب المدعي بقوله: أعتقت نصيبك، وإن صدَّق المدعى عليه الشريك فلا إشكال، وإن كان المدعى عليه معسراً، وأنكر وحلف لم يعتق شئ من العبد، فإن اشترى المدعي نصيب شريكه بعد ذلك عُتق ما اشتراه لإقراره بأنه أعتقه ولا يسري إلى الباقي.

أما إذا ادعى كل واحد من الشريكين الموسرين على صاحبه أنك أعتقت نصيبك وطالبه بالقيمة، وأنكر صاحبه فكل واحد منهما مصدق بيمينه فيما أنكره.

فإذا حلف[١] فلا مطالبة بالقيمة ويحكم بعتق جميع العبد إن قلنا بتعجل[٢] السراية لاعتراف كل واحد منهما بسراية العتق إلى نصيبه والولاء موقوف بينهما لا يدعيه هذا ولا ذاك.

وإن قلنا بتأخر السراية أو بالتوقف والتبيين فالعبد رقيق، وإن كانا معسرين وقال كل واحد منهما للآخر أعتقت نصيبك، لم يعتق منه شئ فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر حكم بعتق ما اشتراه لاعترافه بأن شريكه أعتقه ولا يسري لأنه لم ينشئ[٣] إعتاقاً.

وذكر في "التهذيب" أنه لو باع أحدهما من زيد والآخر من عمرو صح[٤] ولا عتق.

ولو باعا من رجل واحد حكم بعتق نصفه، لأن عتق أحد النصفين يقين، وقد جمعهما مالك[٥] واحد وهذا لا يتبين له وجه ولا يقين في واحد من النصفين لجواز كونهما كاذبين.

وموضع هذا الكلام مسألة الغراب على ما سنذكرها على الأثر ولا أدري أوقع الخلل في النسخة أم كيف الحال؟ وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عُتِقَ نصيب

---

(١) في: أ "وإذا حلف".
(٢) في: ظ "بتعجيل".
(٣) في: ب، ز ، ظ "لم ينشي".
(٤) في: أ "وصح". وفي "ظ" "يصح".
(٥) في: أ ، ب، ظ "ملك".

المعسر على قول تعجيل السراية، لأن إقراره يتضمن السراية إلى نصيبه، وولاؤه موقوف، ولا يعتق نصيب الموسر، فإن اشتراه المعسر عتق كله.

ولو طار طائر فقال أحد الشريكين: إن كان هذا الطائر غراباً فنصيبي من هذا العبد حر، وقال الآخر إن لم يكن غراباً فنصيبي منه حرٌ ولم[١] يتبين الحال، فإن كانا معسرين لم نحكم بعتق نصيب واحد منهما كما لو جرى التعليقان من شخصين في عبدين أو زوجتين، لكن لو اشترى أحدهما نصيب الآخر حكم بعتق أحد النصفين، لأنه قد جمعهما مالك[٢] واحد، وأحد النصفين حر بيقين، وفي حق الشخصين استصحبنا يقين الملك في حق كل واحد وطرحنا الشك.

ولو باعا النصفين من ثالث فكذلك نحكم بعتق أحد النصفين ولا رجوع له على واحد منهما، لأن كل واحد منهما يزعم[٣] أن نصيبه مملوك هذا هو الأصح والمذكور في الكتاب وبه قال القفال.

وحكى الشيخ أبوعلى عن بعض الأصحاب رحمهم الله: أنه إن أقدم على الشراء وهو عالم بالتعليقين فلا رجوع له وإن لم يعلم ثم بان له الحال، فله الرد كما لو اشترى عبداً ثم بان أن نصفه حر، وعلى هذا فيَرد العبد كله[٤]، لأن أحد نصفيه حر والآخر[٥] قسط ممن بعضه حر، وفي ذلك نقصان وعيب.

قال الشيخ أبوعلي[٦] ولو اختلف قدر النصيبين[٧] لم نحكم إلا بعتق أقلهما، ولو تبادلا النصيبين، فإن لم يحنث واحد منهما صاحبه واعترفا بالإشكال[٨] فلا نحكم على واحد منهما بعتق شئ والحكم بعد المبادلة كالحكم قبلها.

---

(١) "من هذا العبد ... فيه حر ولم" ليست في: ظ.

(٢) في: أ، ب، ظ "ملك".

(٣) في: أ "يز أن".

(٤) "كله" ليست في: ظ.

(٥) "والآخر" ليست في: أ.

(٦) "أبوعلي" ليست في: أ، ب، ظ.

(٧) في: ج "النصفين".

(٨) في: أ "فلا إشكال".

وإن حنث كل[١] واحد منهما الآخر حكم بعتق الكل، لأن كل واحد يزعم بأن[٢] نصيب الآخر قد[٣] عُتِقَ ثم اشتراه فكان كمن أقر بحرية عبدٍ في يد غيره، ثم اشتراه نحكم بعتقه بإقراره السابق، ويكون ولاؤه موقوفاً، لأن كل واحد منهما يقول: لم يعتق على مِّنه شيء وإنما[٤] عتق نصيب صاحبي.

وإن حنث أحدهما صاحبهُ ولم يحنثه[٥] صاحبه حكم بعتق ماصار للمحنث، وولاؤه موقوف ولا نحكم بعتق نصيب الآخر.

وإن كانا موسرين، فإن قلنا: بتعجيل[٦] السراية عتق العبد، لأنا نتحقق حنث أحدهما، وإن لم نتمكن من التعيين فيعتق نصيبه، ويسري[٧] إلى الباقي، والولاء موقوف، ولكل واحد منهما أن يدعي قيمة نصيبه على الآخر ويحلفه على البتَّ أنه لم يحنث.

وإن قلنا: لا تحصل السراية إلا عند أداء القيمة فلا نحكم بعتق شئ منه على واحد منهما، والحكم كما في المعسرين.

قال الشيخ أبوعلي رحمه الله: فإن ادعى كل واحد منهما على صاحبه: أنه أعتق[٨] نصيبه، وأراد طلب القيمة حلفه على ماذكرنا، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسر، فإن قلنا: بتعجيل[٩] السراية عُتق نصيب المعسر بكل حال، لأنه إما حانث أو صاحبه حانث، والعتق سار إليه، ولا يعتق نصيب الشريك الموسر للشك، وإن أخرناها إلى أداء القيمة لم نحكم بعتق واحد من النصيبين في الحال وللمعسر أن يدعي التقويم على الموسر ويحلفه.

---

(١) "كل" ليست في: ظ.
(٢) في: ظ "أن".
(٣) "قد" ليست في: ظ.
(٤) في: ز "فإنما".
(٥) في: أ "يحنث".
(٦) في: ب، ز ، ظ "بتعجل".
(٧) في: ظ "ولا يسري".
(٨) في: ظ "عتق".
(٩) في: أ، ز، ظ "بتعجل".

فرعان: من القبيل الذي نحن فيه من "المولدات".

أحدهما: إذا قال أحد الشريكين أعتقنا العبد معاً وأنكر الآخر، فإن كانا موسرين أو كان المقر موسراً فقد أطلق ابن الحداد رحمه الله: أنه يحلف المنكر وجرى على إطلاقه جماعة.

وقال الشيخ رحمه الله: إنما يحلف عندي إذا قال للمقر أنت أعتقت نصيبي، وأنا لم أعتق/ وأراد طلب القيمة فيحلف أنه لم يعتق معه ليأخذ القيمة، فإن المقر أقر بما ٦١٩/ز يوجب القيمة، وادعى معه ما يسقطها وهو الموافقة في الإعتاق فيدفع يمينه المسقط، فأما إذا قال: لم تعتق نصيبك، ولا أنا أعتقت فلا مطالبة بالقيمة ولا يحتاج إلى اليمين، ونحكم بعتق جميع العبد بإقرار الشريك الموسر إنْ أثبتنا السراية بنفس الإعتاق، وإن أخرناها[١] إلى أداء القيمة فلا يعتق نصيب المنكر، وليس يدعي قيمة يأخذها[٢].

وإذا حلف المنكر في التصوير المذكور[٣] أخذ القيمة من المقر[٤] ويحكم بعتق جميع العبد وولاء نصيب الشريك موقوف، فلو مات المعتق ولا وارث له سوى السيد المقر أخذ نصيب ماله بالولاء على نصفه، وهل له أن يأخذ من النصف الآخر قدر نصف القيمة الذي غرمه للمنكر؟ فيه وجهان:

أحدهما نعم لأنه إن صدق في قوله: أعتق شريكي معي فالشريك ظالم يأخذ القيمة والنصف الآخر له، وقد ظفر بمال من ظلمه، وإن كذب وكان مقراً[٥] بإعتاقه فجميع المال له بالولاء على جميعه.

والثاني: لا، لاختلاف الجهة، فإنه يزعم الأخذ من جهة أنه مال ظالمه والشريك ينكره وهو يزعم أنه له بالولاء وهو ينكره والاختلاف في الجهة يمنع الأخذ وقد تقدم نظيره.

---

(١) في: أ "أخرنا أداء". وفي: ب "أخرنا".

(٢) في: ب "بأحدها".

(٣) "المذكور" ليست في: أ.

(٤) "من المقر" ليست في: أ.

(٥) في: أ "مفرداً".

وإن رجع المنكر عن إنكاره وصدق المقر رد ما أخذ من القيمه وإن رجع المقر واعترف بأنه أعتقه قبل، وكان جميع الولاء له.

وقد يقال: بأنه قد أقر بأنه لا ولاء له إلا على النصف، فكيف يُقبلُ رجوعه عنه؟.

والجواب أن الولاء تلو النسب، ولو نفى ولداً باللعان ثم استلحقه ورجع قُبِلَ فكذلك الولاء.

والثاني: عبد بين ثلاثة شهد اثنان من مالكيه أن الثالث أعتق نصيبه، فالثالث إما معسر أو موسر إن كان معسراً قبلت شهادتهما، وحكم بعتق نصيب المشهود عليه، ويرق الباقي، وإن كان موسراً، فالأظهر وبه أجاب ابن الحداد[١] رحمه الله: أن شهادتهما باطلة لأنهما يجران[٢] نفعاً إلى أنفسهما بإثبات القيمة عليه، فلا يعتق نصيبه ولا تلزمه القيمة لنصيبهما ويعتق نصيبهما لاعترافهما بسراية العتق وعن بعض الأصحاب أنه تقبل شهادتهما في عتق نصيبه، وإنما ترد في إلزام القيمة الذي[٣] هو منشأ التهمة، والحكم بعتق نصيبهما على الأول مفرع على أنه السراية تتعجل. أما إذا توقفت على أداء القيمة، فلا يعتق شئ من العبد، ولكن لا ينفذ تصرفهما فيه لإقرارهما بأن نصيبهما مستحق العتق على الشريك.

هكذا[٤] حكاه الشيخ أبو علي عن بعض الأصحاب، وصححه.

ويجوز أن يقال: قد مر أن تعذر[٥] حصول القيمة بالإعسار وغيره يرفع الحجر عن الشريك، والتعذر حاصل ههنا.

وهذه فروع أخر تتعلق بالسراية.

---

(١) "ابن الحداد" ليست في: ز.
(٢) في: ب "يجريان".
(٣) في: ز "التي هي".
(٤) في: أ "هذا".
(٥) في: أ، ب: "تقدر".

الأول: إن قلنا السراية تحصل بنفس الإعتاق، فله حكم الأحرار في الميراث، والشهادات والحدود، والجنايات، وإن لم يؤد[1] القيمة، وإن أخرناها إلى أداء القيمة فله حكم الأرقاء فيها حتى يؤدي، وإن توقفنا توقفنا في هذه[2] الأحكام أيضا.

الثاني: عن "الأم" أن العبد المشترك إذا أعطى أحد مالكيه خمسين ديناراً لعتق نصيبه منه فأعتقه، يرجع الشريك عليه بنصف الخمسين وبنصف[3] قيمة العبد، ويرجع المعتق على العبد بخمسة وعشرين.

قال ابن الصباغ رحمه الله: وينبغي أن يكون هذا فيما إذا لم يقع العتق على عين الخمسين، وإنما سمى خمسين ثم دفعها عليه[4]، وإلا فإذا وقع العتق على العين يجب أن يكون[5] الرجوع بقيمة ما أعتق بالعوض المستحق.

قال: ويحتمل أن يريد ما إذا كانت قيمة العبد خمسين فيستوي العوض والقيمة.

ولو كان المعتق قد قال: إن سلمت لي هذه الخمسون فأنت حرٌ لم يعتق، لأنها لم تسلم له.

الثالث: لو أعتق شركاً له في جارية حبلى وهو موسر، ولم تقوَّم عليه حتى ولدت، عتق معها ولدها تفريعاً على أن العتق يسري في الحال.

فأما إذا أخرنا السراية إلى دفع القيمة، فعن نصِّه أنه ينبغي أن لا يعتق الولد معها لأنه إنما يعتق بعتقها إذا كان حملاً، فأما بعد الولادة فلا، قال القاضي أبوحامد رحمه الله: معناه أن نصيب الذي لم يعتق من الولد مملوك، فأما نصيب المعتق فيجب أن يعتق.

وقال ابن الصباغ رحمه الله: عندي أنه أراد أن نصيب الذي لم يعتق من الولد[6]

---

(١) في: أ "يرد".
(٢) في: ز "هاهنا في هذه".
(٣) "و" ليست في: أ.
(٤) في: أ " الخمسين ثم دفعها إليه".
(٥) في: ز "على عين الخمسين وجب".
(٦) "من الولد" ليست في: أ.

لايعتق بدفع قيمة نصيبه من الجارية وولدها[١]، لأنه لا يتبعها بعد الوضع وإلا فقد عتق من الولد نصيب المعتق، وهو موسر فيجب أن يسري.

الرابع: وكَّلَ أحد الشريكين الآخر في عتق نصيبه فقال الوكيل للعبد أعتقت نصيبك، فإن قال: أردت نصيبي قوِّم عليه نصيب شريكه، وإن قال: أردت نصيب شريكي قوم على الشريك نصيبه، وإن أطلق فيعتق عن الموكل، لأنه أعتق بعد أمره بالإعتاق أو عن الوكيل، لأن إعتاقه عن نفسه فيستغني[٢] عن النية.

حكى في "الشامل" فيه[٣] وجهين. ولهذا التفات[٤] إلى أن النصف المطلق يحمل على ملكه أو يشيع[٥].

الخامس: في طريقة الصيدلاني: أنه إذا كان للمريض نصفا عبدين متساويي القيمة، ولا مال له غيرهمان فقال أعتقت نصيبي من سالم ومن غانم وقلنا تحصل السراية بنفس اللفظ يعتق ثلثا نصيبه من سالم وهو ثلث ماله ولا يعتق من الآخر شيء.

ولو قال: نصيبي من هذين حرٌّ عتق ثلثا نصيبه من أحدهما فيقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق ثلثا نصيبه منه وهو ثلثه، وإن[٦] كان نصفا العبدين ثلث ماله فقال: أعتقت نصيبي من سالم، ومن غانم، عتق غانم بالمباشرة والسراية ولم[٧] يعتق من الآخر شيء.

ولو قال نصيبي منهما حر عتق النصفان، ولا سراية.

السادس: اشترى أمه حاملاً من الزوج، زوجها وابن لها حرٌّ معاً[٨] وهما موسران

---

(١) في: أ، ب "وعتقها" وهو خطأ.
(٢) في: أ "ويسعى". وفي: ب "يستغنى".
(٣) "فيه" ليست في: ب.
(٤) في: أ "التفاوت".
(٥) في أ "يشع".
(٦) "وإن" ليست في: ب.
(٧) في: ب "ولا".
(٨) في: أ "وزوجها وابنها الحر".

فالحكم كما ذكرنا فيما لو أوصى مالكها بوصية لهما، وقبلا الوصية معاً، وقد ذكرناه[١] في "الوصايا".

ومختصره أن الأمة تعتق على الابن، والحمل يعتق عليهما ولا تقويم[٢].

السابع: شهد شاهدان على زيد بأنه أعتق نصيبه من العبد المشترك وهو موسر، وحكم القاضي بشهادتهما ثم رجعا فشهادتهما تثبت عتق نصيبه، وتوجب عليه قيمة نصيب شريكه فيغرمان بالرجوع قيمة نصيبه لا محالة، لأن شهود العتق يغرمون إذا رجعوا وهل يغرمان له قيمة نصيب الشريك التي غرمها؟. فيه قولان: لأن في وجوب الغرم على شهود[٣] المال اختلاف قول سبق في موضعه.

واعترض ابن الصباغ فقال: إنهما لم يشهدا على المال مقصوداً ولكن تضمنته الشهادة وكما تضمنت المال تضمنت إعتاق نصيب الشريك، فإن اقتضى تضمنها إثبات المال التخريج على القولين اقتضى تضمنها الإعتاق الجزم[٤] بوجوب الغرم، ثم الجواب الذي يقدم فيما إذا ساعد الشريك الشهود، وأخذ القيمة وعتق جميع العبد، إما بنفس الإعتاق أو عند أخذ القيمة.

فأما إذا كذبهم، وقال لم يعتق زيد نصيبه، فإن قلنا بتعجيل[٥] السراية عتق الكل ولا يلزمه للشريك شئ وإن قلنا: يتأخر إلى أداء القيمة.

قال الشيخ أبوعلى رحمه الله يجبر على أخذ القيمة لتكميل[٦] العتق ثم يلزمه رد ما أخذ إن كان مصراً على تكذيب الشهود، كما لو جاء المكاتب بالنجم الأخير فقال السيد هذا حرام غصبته من فلان يجبر على أخذه ثم يرده على من أقر له.

---

(١) في: أ "ذكرنا".

(٢) في: أ "ولا تقوم".

(٣) في: ز "شهود الغرم".

(٤) في: أ "بالجزم".

(٥) في: ز "بتعجل".

(٦) في: ز "لتكمل".

ولو شهد شاهدان على أحد الشريكين بأنه أعتق نصيبه، وآخران على الثاني بأنه أعتق نصيبه[١] وهما موسران، فإن أرخت البينتان عتق الكل على الأول وإن أثبتنا السراية في الحال وعليه قيمة نصيب الآخر، وإن أخرنا إلى أداء القيمة فعلى الخلاف في أن إعتاق الثاني قبل أداء القيمة، هل ينفذ؟ إن قلنا لا. وهو الأظهر أخذت قيمة نصيبه من الأول ليعتق، وإن لم تؤرخا عتق العبد كله ولا تقويم، لأنا لا نعلم هل سبق أحدهما الآخر، وبتقدير[٢] السبق لانعلم من السابق، فلو رجع الشاهدان على أحد الشريكين عن شهادتهما لم يغرما شيئاً لأنا لا ندري أن العتق في النصف الذي شهدا به، حصل بشهادتهما أو بشهادة الآخرين بالسراية، فلا نوجب شيئاً بالشك، وإن رجعا جميعاً فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك لقيام الاحتمال في الطرفين.

وأظهرهما: أنهم يغرمون قيمة العبد، لأنه إذا لم يكن تاريخ فالحكم يعتق العبد يتعلق بشهادة أربعتهم[٣] ويقدر كأن الإعتاقين وقعا معاً،والفرع من "المولدات" رحم الله من ولدها. والله أعلم[٤].

---

(١) "وآخران على الثاني بأنه أعتق نصيبه" ليست في: ز.

(٢) في: أ "بتقدير".

(٣) في: ب "أربعهم". وفي ز "أحدهم".

(٤) من قوله "للشك وإن أخرناها إلى أداء القيمة ... والفرع من المولدات" ليست في ظ.

(قال [الغزالي]: الخاصية الثانية: عتق القرابة ومن دخل في ملكه أحد أبعاضه أعني أصوله وفروعه[١] عتق عليه إن كان من أهل التبرع سواءً دخل قهراً بالأرث أو اختياراً بعقد، ولا يعتق من (عدا[٢] الأبعاض).

[فصل: في الخاصة الثانية: العتق بالقرابة]

[قال الرافعي] من ملك أباه أو أمه أو أحد أصوله من الأجداد والجدات، أو ملك واحداً من أولاده وأولاد أولاده عُتِقَ عليه.

روي عن أبي هريرة رضي ا لله عنه أن النبي ﷺ قال "لايجزي ولد[٣] والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه"[٤] يعني بالشراء. وفهم من قوله **تعالى ﴿وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا﴾**[٥] الآية. ومن قوله تعالى **﴿وقالوا اتخذ الرحمن ولدا سبحانه بل عباد مكرمون﴾**[٦].

أن الولادة والعبودية لا يجتمعان ولا فرق بين أن يدخل في ملكه قهراً كالإرث[٧] أو اختياراً بعقد إما بعوض كالشراء أو لا بعوض كالهبة والوصية.

وفرق بين عتق القريب، وبين السراية، حيث لم تثبت السراية إلا عند الاختيار بأن العتق صلة وإكرام للقريب، فلا يستدعي الاختيار، والسراية توجب التغريم والمؤاخذة، وإنما يليق ذلك بحال الاختيار.

ولا يعتق غير الأبعاض من الأصول والفروع.

---

(١) في: ظ "أو".

(٢) في: أ "غير".

(٣) في: أ ، ز "والده".

(٤) الحديث أخرجه مسلم ١٥٢/١٠، من كتاب العتق، باب فضل عتق الوالد. وانظر: التلخيص ٢٠/٣.

(٥) سورة مريم آية ٩٢.

(٦) سورة الأنبياء، آية ٢٦.

(٧) في: ب "بالإرث".

وقال أبوحنيفة[١] وأحمد[٢] رحمهما الله: يعتق كل ذي رحم محرم بالملك كالأخ وابن الأخ والعم والخال وألحق مالك[٣] الأخوة والأخوات بالوالدين والمولودين.

وسلَّم أبوحنيفة رحمه الله: أن المكاتب إذا ملك أخاه لم يتكاتب عليه فقال[٤] الأصحاب رحمهم الله قريب[٥] لا يتكاتب على المكاتب فلا يعتق على الحرّ كبني الأعمام[٦].

وليعلم لما تبين قوله في الكتاب "ولا يعتق من عدا الأبعاض" بالحاء والميم والألف.

وقوله "إن كان من أهل التبرع" قصد به الأحتراز عن الصبي والذين يذكرهم في الفصل التالي لهذا الفصل.

(قال [الغزالي]: ولا يشترى للطفل[٧] قريبه ولكن يتهب له الولي[٨] إذا لم يكن بحيث تجب النفقة في الحال، فإن[٩] قبل له هبة نصف قريبهِ لم يصح حذ راً[١٠] من السراية. وقيل: يصح ولا يسري، والمريض لو اشترى قريبه عُتِقَ إن وفَّى به ثلثه، وإلا لم يعتق، وإن ملكه بإرثٍ أو هبة فيحسب من رأس المال أو الثلث فيه وجهان.

فإن قلنا: من رأس المال، عتق على المحجور، المفلس أيضاً، والمديون المريض.

ولو اشتراه[١١] بمحاباة فقدر المحاباة يخرَّج[١٢] على الوجهين، والباقي

---

(١) انظر: الهداية ٥٣/٢.
(٢) "أحمد" ليست في: ظ. وانظر: المقنع ص ١٩٧.
(٣) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٣.
(٤) في: أ "وقال".
(٥) "قريب" ليست في: ز.
(٦) انظر: الحاوي ٨١/٢٢، والمهذب ٦/٢، والتهذيب ٣٩٣/٨، والروضة ١٣٣/١٢، ومغني المحتاج ٤٩٩/٤.
(٧) في: ظ "الطفل".
(٨) في: ب، ز "الولى له" و "له" ليست في: ظ.
(٩) في: ظ "وإن".
(١٠) في: ز ، ظ "حذراً".
(١١) في: أ "اشترى".
(١٢) في: أ "مخرج".

يعتق[١] من الثلث[٢].

ولو قهر الحربي حربياً مَلَكه، وصح بيعه من المسلم، فلو قهر أباه فهل يصح بيعه له؟ فيه وجهان مأخذهما دوام القهر المبطل[٣] للعتق، إنْ فرض، ودوام القرابة الدافعة للملك[٤] القهري).

[فصل في شراء الطفل والمجنون قريبهما القرابة التي تقتضي العتق]

المسألة الأولى ليس لولي لصبي والمجنون شراء القريب القرابة التي تقتضي العتق.

[قال الرافعي]: فيه مسائل إحداهما: ليس لولي الصبي[٥] والمجنون أن يشتري لهما قريبهما[٦] القرابة التي تقتضي العتق، فإن فعل فالسراء باطل.

ولو وهب للصبي قريبه أو أوصى له به، نظر: إن كان الصبي معسراً فيجوز له قبوله، فإذا قبله عتق على الصبي، لأنه لا ضرر فيه على الصبي وفيه جمال ومنفعةٌ وقد يوسر فينفق على الصبي، ولا نظر إلى أن الصبي قد يوسر فتجب النفقة في ماله، وإنما يعتبر الحال، وهل يجب عليه القبول؟

قال الإمام هذا فيه[٧] تردد، وقضية لفظ الشافعي رحمه الله الوجوب. وعلى ذلك يجري كلام الأصحاب.

وإن كان الصبي موسراً، فإن كان القريب بحيث تجب نفقته في الحال، بأن يكون زمناً أو يكون غير كسوب على أحد القولين، فلا يجوز للولي القبول كيلا يتضرر الصبي بالإنفاق من ماله.

وإن كان لا تجب نفقته، فعلى ماذكرنا في المعسر، فإن لم يقبل الولي قَبِلَ الحاكم،

---

(١) في: ب، ظ "لايعتق".

(٢) "من الثلث" ليست في: ب، ظ.

(٣) في: ظ "المبطل المانع".

(٤) في: ظ "المبطل المانع".

(٥) في: ز "الطفل".

(٦) في: ظ "قريباً".

(٧) "فيه" ليست في: أ، ب، ظ.

فإن لم يفعل فللصبي[١] بعد بلوغه أن يقبل كذلك ذكره "الروياني" رحمه الله وليكن[٢] هذا في الوصية.

هذا في هبة جميع القريب أو الوصية به.

فأما إذا وهب بعضه، فإن كان الصبي معسراً قبلهُ الولي، وإن كان موسراً زاد النظر في غرامةِ السراية، وإن لم تجب النفقة.

وفيه قولان:

أظهرهما: أنه لا يقبل، لأنه لو قبل لعتق على الصبي، وإذا عتق سرى ولزم قيمة الشريك، وفيه إضرار بالصبي.

والثاني: يقبله ويعتق عليه ولا يسري كيلا يتضرر الصبي، ووجه أيضاً بأنه لا اختيار له في حصول الملك، وفي "تعليقة الشيخ أبي حامد": أن بعض الأصحاب رضي الله عنهم: قطع بأنه ليس له أن يقبل، وجعل القولين في أنه إذا قبل هل يصح؟

المسألة الثانية في شراء المريض مرض الموت قربة

الثانية: إذا اشترى المريض مرض الموت قريبه فإما أن يشتريه بثمنه أو بمحاباة وعلى التقدير الأول

فإما أن يكون عليه دين أو لايكون وحكم الأحوال الثلاث قد ذكرناه في الوصايا[٣] وبينا أنه إذا لم يكن دينٌ ولا محاباة فيعتبر عتقه من الثلث. فإن خرج الكل من الثلث عتق كله[٤] وإلا عتق منه قدر الثلث[٥] وهذا هو المقصود[٦] من قوله ههنا[٧]: "عتق إن وفىَّ به ثلثه، وإلا لم يعتق" أي: لم يعتق كله، وإن ملكه بإرث فيعتق من رأس المال حتى يعتق.

---

(١) في: ظ "فالصبي".

(٢) في: أ "ولكن".

(٣) في: ظ "الوصية". وانظر: الوجيز ٢٧٩/١، والعزيز ١٣١/٧ و ١٣٢.

(٤) "كله" ليست في: ز.

(٥) "فإن خرج الكل ... قدر الثلث" ليست في: ظ.

(٦) في: ز "المنصوص".

(٧) في: ظ "هاهنا من قوله".

وإن لم يملك شيئاً آخر أو من الثلث حتى لا يعتق إلا الثلث، إذا لم يملك مالا[١] آخر.

فيه وجهان ذكرناهما هنالك[٢].

والأول: أولى بالترجيح، وهو الذي أورده صاحب الكتاب رحمه الله.

ثم[٣] لو ملكه بالاتهاب أو بقبول الوصية فهو مرتب على ما لو ملك بالإرث.

إن قلنا: هناك يحسبُ من الثلث فههنا أولى.

وإن قلنا: من رأس المال فههنا وجهان بناءً على معنيين علل[٤] بهما احتساب الموروث من رأس المال فعلل المعللون بأن الملك والعتق حصلا بغير اختياره، فهو خارج عن التبرعات مستحق شرعاً.

وعلل آخرون بأنه ملك بلا عوض بذله في مقابلته[٥] بخلاف ما إذا اشترى فمن قال: بالأول قال: يحسب الموهوب والموصى به من الثلث.

ومن قال: بالثاني: قال[٦] يحتسب[٧] من رأس المال، وإذا قلنا: يحسب من رأس المال[٨] فيعتق، وإن كان على المريض دين مستغرق وكذا المفلس، المحجور عليه، إذا قبل ولا معترض للغرماء عليه.

وإن قلنا: يحسب[٩] من الثلث فلا يعتق ويباع في الدين.

ويكتفى بهذا القدر ههنا فالمسألة مبسوطة في الموضع المحال عليه، وإذا راجعته

---

(١) "مالاً" ليست في: ظ.
(٢) في: أ "هناك".
(٣) في: ز "ولو".
(٤) في: ظ "يملك".
(٥) في: ظ "مقابلة".
(٦) "قال" ليست في: ب.
(٧) في: أ "يحسب".
(٨) "وإن قلنا يحسب من رأس المال" ليست في: أ، ب، ظ.
(٩) في: ز "يحتسب".

جوزت إعلام قوله: "ههنا: إنْ وفّى به ثلثه" بالواو لوجه ذكرناه أن المريض ليس له شراء القريب بحال، وحينئذٍ فلا يعتق.

المسألة الثالثة إذا قهر حرزلي حربيا ونحو ذلك

الثالثة: من[١] الأصول في "السير" أنه إذا قهر حربي[٢] حربياً ملكه، ويخالف ما إذا قهر مسلم حربياً وأسره لا يجري الرق عليه حتى يرقه الإمام، لأن للإمام اجتهاداً في أساري الكفار والمسلم مأمور برعايته، والحربي لا يؤاخذ بمثل ذلك.

قال الإمام: ولم يشترط[٣] الأصحاب قصد الإرقاق، بل اكتفوا بصورة القهر.

وعندي لابد من القصد[٤]، فإن القهر قد يكون للإستخدام ولا يتميز قهر الإرقاق عن غيره إلا بالقصد.

إذا عرفت[٥] ذلك: فلو قهر عبد سيده الحربي عتق العبد، وصار السيد رقيقاً له.

ولو قهر الزوج زوجته واسترقها ملكها وجاز له بيعها.

وكذا لو قهرت الزوجة زوجها، ولو قهر حربي أباه أو ابنه هل له بيعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن الحداد رحمه الله: لا، لأنه يعتق عليه بالملك فلا يستقر له ملك حتى يبيعه.

والثاني: نعم، لأن القهر دائم فكما يرفع[٦] ابتداؤه الحرية الأصلية يرفع[٧] دوامة العتق المرتب على الملك.

وبهذا أجاب الشيخ أبوزيد رحمه الله: حين سأله "الحليمي" في مسائل أنفذها إليه يستفتيه فيها.

---

(١) في: أ "في".
(٢) في: ز ، ظ "أن الحربي إذا قهر حربياً".
(٣) في: أ "يشرط".
(٤) "القصد" ليست في: ز.
(٥) في: ز "إذا عرف ذلك".
(٦) في: أ، ب "يدفع" وفي: ظ "كما يندفع".
(٧) في: أ، ب "يدفع. وفي: ظ "كما يندفع".

كذلك حكاه الشيخ أبوعلى رحمهم الله ويشبه أن يرجح الأول.

قال الإمام ويتجه أن يقال: إنه لا يملكه بالقهر لاقتران السبب المقتضي للعتق بالقهر المقتضي للملك، ويخالف الشراء فإنا جوزناه لوقوعه ذريعة إلى تخليصه من الرق.

وقوله في الكتاب: "وصح[1] بيعه من المسلم" ليس لتخصيص الحكم بالمسلم بل يصح بيعه من المسلم والذمي والحربي وكان الغرض: أن المسلم يجوز له الشراء اعتماداً على قهر بعضهم بعضاً.

(قال [الغزالي]: ولو اشترى نصف قريبه عتق[2] وسرى عند شروطه[3] ولو ورث لم يسر. ولو قبل وكيله، فاختيار وكيله كاختياره.

ولو أوصى له ببعض ابنه فمات قبل القبول فقبله أخوة له سرى على الميت، إن وفى به الثلث، وكأنه قبله في الحياه'

ولو أوصى له ببعض ابن أخيه فمات[4] فقبل أخوه له لم يعتق على الأخ في وجهٍ، لأن الملك يحصل للميت، ثم له فكأنه[5] حصل له غير مقصود[6] ويجرى الخلاف فيما لو رجع إليه بعض قريبه برد عوضه بالعيب، لأنه رجع[7] غير مقصودٍ)

[فصل: فيما لو ملك بعض من يعتق عليه]

[قال الرافعي]: قد ذكر صاحب الكتاب[8] مرة في شروط[9] سراية العتق أنه إذا اشترى نصف قريبه عتق عليه ما اشتراه وسرى إلى الباقي وفي[10] معناه قبول الهبة

---

(١) في: ظ "ويصح".
(٢) في: ز "عتق عليه".
(٣) في: ز "عند وقوعه".
(٤) من قوله "قبل القبول ... فمات فقبل" ليسَت في: أ، ب.
(٥) في: ظ "وكأنه".
(٦) في: ظ "مقصوده".
(٧) "رجع" ليست في: ب.
(٨) انظر: الوجيز ٢/٢٧٤.
(٩) في: ظ "شرط".
(١٠) في: ظ "ففي".

والوصية وأنه لو ورث نصف قريبه لا يسري، لأنه لا اجتياز له فيه وشراء الوكيل، وقبوله الهبة والوصية كشرائه وقبوله، لصدوره عن اختياره، وكذلك قبول نائبه شرعاً حتى لو أوصى لإنسان بابنه[١] فمات قبل قبول الوصية وقبلها أخوه عتق الشقص على الميت، وسرى إلى الباقي إن وفى به الثلث، ونزل قبول الورثة منزلة قبوله في حياته.

ولو أوصى لإنسان بشقص ممن يعتق على وارثه كما لو أوصى له ببعض ابن أخيه فمات قبل القبول، وقبل الأخ عتق الشقص، وفي السراية وجهان:

أشبههما: المنع، لأن الملك يحصل للميت أولاً ثم ينتقل إليه إرثاً فكأنه[٢] لم يتملكه مقصوداً، ويجري الخلاف في السراية حيث يحصل الملك بطريق اختياري يتضمن الملك ولا يقصد به التملك[٣]، كما إذا باع من يعتق على وارثه مثل: إن باع ابن أخيه بثوب، ومات، ووارثه أخوه فرد الثوب بعيب[٤] واسترد الشقص، وعتق عليه، هل يسري إلى الباقي؟ وهذا صورة قوله في الكتاب "لو[٥] رجع إليه بعض قريبه برد عوضٍ بالعيب، لأنه رجع غير مقصود".

وقوله: "لم يعتق على الأخ في وجهٍ" كان الأحسن أن يقول "لم يسر" ولا كلام في أن الشقص المسترد[٦] يعتق عليه ولكن[٧] أراد بما ذكره أنه لم[٨] يعتق كله عليه[٩] فكني به عن السراية.

واعلم أن هذه الصورة قد ذكرناها بشرحها في شروط[١٠] السراية، لأنه ذكر

---

(١) في: ظ "ببعض ابنه".
(٢) في: ظ "وكأنه".
(٣) في: أ، ب "الملك".
(٤) في: ظ "بالعيب".
(٥) في: ب، ظ "أو".
(٦) في: ب "المردود".
(٧) "ولكن" ليست في: أ، ب، ظ. والموجود "وأراد".
(٨) في: ظ "لايعتق".
(٩) "عليه" ليست في: ز.
(١٠) في: ز "في شرط". وانظر: الوجيز ٢٧٤/٢، والعزيز ٣١٢/١٣ وما بعدها.

بعضها هناك وضم ههنا إلى المذكور هناك[١] صوراً فراينا إيرادها مجموعة أولى وأكثر فائدة.

ولو وهب من العبد من بعض من يعتق على سيده فقبل، وقلنا: لا يفتقر قبوله إلى إذن السيد، عتق الموهوب على السيد وسرى لأن قبول العبد كقبوله شرعاً[٢].

فرع: جَرَحَ ابن رقيق أباه فاشتراه الأب ثم مات من تلك الجراحة، إن قلنا تصح الوصية للقاتل عتق من ثلثه، وإلا لم يعتق قال صاحب "التهذيب"[٣] وعلى هذا فيجوز أن تُجْعَلَ صحة الشراء على وجهين، كما لو اشتراه، وعليه دينٌ والوجهان مذكوران في كتاب الوصايا.

(قال [الغزالي] الخاصية الثالثة: امتناع العتق بالمرض، فإذا أعتق[٤] عبداً لا مال له غيره عتق ثلثه فقط، وإن كان عليه دين مستغرق لم يعتق شئ فإن مات هذا العبد قبل السيد فيموت رقيقاً كله أو حراً أو ثلثه حراً وثلثاه رقيقاً؟

فيه ثلاثة أوجه: وتظهر فائدته فيما لو وهب وأقبض فمات في مؤنة التجهيز، أما لو قتله المتهب فعليه غرامة ما وراء الثلث.

ولو أعتق ثلاثة أعبدٍ، ومات[٥] واحدٌ قبل موت السيد فيجعل كالمعدوم أم يدخل الميت[٦] في القرعة؟ فيه خلاف.

فإن قلنا: يدخل فلو خرج عليه رق الآخران.

ولو خرج على أحد الجنبين[٧] لم يعتق إلا ثلثاه، وموته بعد موت السيد ولكن

---

(١) في: أ "ههنا".

(٢) قال النووي في الروضة ١٣٥/١٢ "هذا مشكل، وينبغي أن لا يسري، لأنه دخل في ملكه قهراً كالإرث". والله أعلم.

(٣) انظر: التهذيب ٣٩٥/٨.

(٤) في: ظ "عتق عبد".

(٥) في: ز "فمات".

(٦) "الميت" ليست في: أ.

(٧) "الجنبين" هكذا في جميع النسخ. وفي الوجيز ٢٧٧/٢ "إحدى الجهتين".

قبل امتداد[١] يد الوارث إليه، هل يكون كالموت قبل موت السيد؟ فيه وجهان:

ومنهم من طرد الخلاف في موته قبل القرعة، وإن كان بعد موت السيد[٢]، لأنه محجور عن التصرف فيه[٣]).

[فصل: في امتناع العتق بالمرض]

[قال الرافعي]: المسألة الأولى: إذا أعتق عبداً لا مال له، سبق في الوصايا أن التبرعات في مرض الموت تعتبر من الثلث[٤] وأن العتق من التبرعات، وقد يندفع لذلك بوقوعه[٥] في المرض، وإنما يعتبر الثلث[٦] بعد حط قدر الدين.

فلو كان الدين مستغرقاً لم يعتق منه شئ وسنعود إلى هذا.

إذا عُرف[٧] ذلك ففي الفصل مسألتان: إحداهما إذا أعتق عبداً لا مال له غيره[٨] لم يعتق منه إلا ثلثه، وإن مات هذا العبد بعد موت السيد مات حراً ثلثه، وإن مات قبل موت السيد ففيه[٩] ثلاثة أوجه. المسألة الأولى إذا أعتق عبداً لا مال له غيره

أحدها: أنه يموت رقيقاً كله، لأن ما يعتق ينبغي أن يحصل للورثة مثلاه.

وههنا لم يحصل لهم شيء ويؤثر عن الشيخ أبي زيد: أنه قال: أجبت به في مجلس الشيخ أبي بكر المحمودي[١٠] رحمه الله فرضيه وحمدني عليه.

---

(١) من قوله "عليه رق الآخران ... ولكن قبل امتداد" ليست في: أ، ب.
(٢) في: ز "ثبوت اليد". وفي: ظ "مد اليد إليه".
(٣) "فيه" ليست في: أ.
(٤) انظر: الوجيز ٢٧٢/١، والعزيز ٤١/٧ و ٤٢.
(٥) في: أ، ب "وقوعه".
(٦) في: ز "من الثلث".
(٧) في: ظ "عرفت".
(٨) في: ز "سواه".
(٩) في: أ، ب "فيه".
(١٠) هو: أبوبكر محمد بن محمود المروزي المعروف بالمحمودي: إمام جليل، أحد الرفعاء من أصحاب الوجوه. أخذ العلم عن ابي محمد المروزي المعروف بعبدان. نقل عنه الرافعي في مواضع منها: في العتق وغيره ... لا عِلْمَ بتاريخ وفاته.

=

والثاني: أنه يموت حراً كله، لأن ما يهلك[١] في حياة المورث، لا حق فيه للورثة حتى يرد تبرعه لحقهم، ولأنه[٢] لا فائدة في إرقاق شئ منه، ولا يحصل للورثة منه شيء.

والثالث: وبه قال القفال رحمه الله: أنه يموت ثلثه حراً وثلثاه رقيقاً، كما لو مات بعد موت السيد، ولأنه لو عاش عاش على الرق والحرية، فإذا[٣] مات مات عليهما.

والأصح عند الصيدلاني رحمه الله الوجه الأول، ولم يورد في "التهذيب"[٤] إلا الوجهين الآخرين وبناهما على أنه إذا زاد التبرع على الثلث، وأجازه الوارث فهو تنفيذ لما[٥] فعله المورث، أو ابتداء عطيةٍ وتمليكٍ من الوارث.

إن قلنا بالأول: فيموت حراً، لأن ما فعله المورث تنفيذ، وإن قلنا بالثاني: فلا لأن تبرعه غير نافذ فيما زاد على الثلث[٦].

وتظهر فائدة الخلاف في شيئين:

أحدهما وهو المذكور في "الكتاب" إذا[٧] وهب في مرض[٨] الموت عبداً لايملك غيره، وأقبضه، ومات العبد قبل موت السيد، فإن قلنا: في مسألة العتق يموت رقيقاً فههنا يموت على ملك الواهب[٩] وعليه مؤنة تجهيزه، وإن قلنا: يموت حراً فيموت ههنا على ملك الموهوب منه، وعليه المؤنة.

وإن قلنا: بالوجه الثالث، وزعت المؤنة عليهما.

= انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٩٦/٢. وطبقات الشافعية للأسنوي ١٩٨/١، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١١٩/١.

(١) في: ز "يملك".

(٢) "ولأنه" ليست في: ظ.

(٣) في: أ، ب "وإذا".

(٤) انظر: التهذيب" ٣٩٤/٨.

(٥) في: أ "بما".

(٦) في: أ "الثلثين".

(٧) في: ز "أنه اذا".

(٨) في: أ "المرض عبداً".

(٩) في: ظ "الوارث".

والثاني: إذا كان لهذا العبد، ولدٌ من معتقه كان ولاء الولد لموالي[١] أمه، فإن قلنا: إنه يموت حرا فَيَنْجَرُّ الولاء إلى معتق الأب، وإن قلنا: يعتق ثلثه ينجر ولاء الثلث، وقد ينجر[٢] الولاء في بعض العتق دون بعض كما إذا اشترى ابنا مملوك أمهما معتقة أباهما بالسوية. ينجرُّ ولاء نصف كل[٣] واحد منهما إلى الآخر، ويبقى النصف الآخر[٤] لمعتق الأم.

ولو[٥] أعتق في المرض عبداً وله مال سواه فمات قبل موت المعتق، فقد ذكر الإمام: أن جماهير الأصحاب رحمهم الله قالوا: لا يحسب من الثلث ولا يزاحم أرباب الوصايا بل[٦] يجعل كأن ذلك العبد لم يكن، لأن الوصية إنما تتحقق بالموت، فإذا لم يبق إلى[٧] الموت لم يدخل في الحساب. وأنه يجيء على قولنا: إن حكمه بعد الموت كحكمه لو عاش أن يحسب من الثلث، ويزاحم أرباب الوصايا.

ولو وهب عبداً وأقبضه، وله مال آخر فتلف في يد المتهب قبل موت الواهب فهو كما لو أعتقه، وهذا كما أن هبته ولا مال له سواه بمثابة إعتاقه، ولا مال له سواه.

ولو أتلفه المتهب فهو كما لو كان باقياً حتى إذا كان له مال آخر[٨] فيحسب الموهوب من الثلث، وإذا لم يخرج[٩] من الثلث يغرم المتهب للورثة مايزيد على الثلث بخلاف ما إذا تلف، لأن الهبة ليست مضمنة والإتلاف مضمن على كل حال.

وأشار الإمام رحمه الله إلى: أنه يحتمل أن يجب الضمان في صورة التلف، إذا قلنا: أنه يحسب من الثلث، فإن الزائد على الثلث حينئذ يبين أنه تلف في يده لغيره، فيكون

---

(١) "لموالي" ليست في: ظ.
(٢) "ينجر ولاء الثلث، وقد" ليست في: ظ.
(٣) "كل" ليست في: ظ.
(٤) "الآخر" ليست في: أ.
(٥) في: ظ "فلو".
(٦) "بل" ليست في: ظ.
(٧) في: أ ، ب "إلا" خطأ.
(٨) في: ظ "أجزأه".
(٩) في: ج "يخرج الموهوب".

كما لو وهب الغاصب المغصوب من غيره، وأقبضه فتلف في يد الموهوب منه، فإنا قد[١] نقول باستقرار الضمان عليه.

قال وبتقدير[٢] أن لا يجب الضمان في التلف فيجوز أن لا يجب في صورة الإتلاف أيضاً كما أن الواهب في حياته لا يطالب الموهوب منه بشيء سواء تلف الموهوب في يده، أو أتلفه.

المسألة الثانية إذا أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء، وهو لا يملك غيرهم

المسألة الثانية: إذا أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء وهو لا يملك غيرهم، فمات أحدهم قبل موت السيد فالذي يوجد للأصحاب على اختلاف طبقاتهم وهو منصور الشافعي رضي الله عنه: أن الميت يدخل في القرعة[٣].

وذكر الإمام: أن قياس ماذكرنا في العبد الواحد، أن يجعل الغائب كالمعدوم، ويقدر كأنه أعتق عبدين[٤] لا مال له سواهما.

وأقام صاحب الكتاب هذا وجهاً.

فقال: "يجعل الميت كالمعدوم أم يدخل في القرعة؟ فيه خلاف.

ولك أن تقول نحن في الصورتين جميعاً نبقى للورثة مثلي[٥] ما مات الموروث[٦] عنه ولا يدخل الغائب في حساب التركة على ما سيتضح في التفريع، لكن العدد من العبيد محل القرعة، وإدخاله[٧] في القرعة ينفع الورثة، والعبد الواحد ليس محل القرعة وإذا أدخل الميت في القرعة، فإن خرج له سهم[٨] العتق بان أنه مات حراً موروثاً عنه ورقّ

---

(١) "قد" ليست في: ز.

(٢) في: ظ "بتقدير".

(٣) انظر: الأم ٨/٨، والوسيط ٤٧٣/٧، والتهذيب ٣٨٦/٨، والروضة ١٣٧/١٢، ومغني المحتاج ٥٠٢/٤.

(٤) في: أ "عبد من".

(٥) في: ز، ظ "مثل".

(٦) في: أ ، ب "الموروث". و "عنه" ليست في: أ، ب.

(٧) في: أ "فإدخاله".

(٨) "سهم" ليست في: ظ.

الآخران، وإن خرج له سهم الرق لم يحسب على الورثة، لأنهم يبتغون[١] المال ومنفعته ويحتسب[٢] به عن العتق[٣]، لأن المعتق يبغي الثواب، وتعاد القرعة بين العبدين، كما لو لم يكن إلا عبدان فأعتقهما، فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثاه ويرق[٤] ثلثه، والعبد[٥] الآخر.

ولو خرج سهم العتق ابتداء على أحد الحيين، فكذلك يعتق ثلثاه، ويمكن أن يقال: إذا لم يكن الميت من التركة وخرج سهم العتق على أحد الحيين، وأقمنا فيهما رسم الثلث والثلثين، فيفرد الميت بالحكم[٦] حتى يجيء الخلاف في أنه يموت حراً أو رقيقاً، كما لو أعتق عبداً لا مال له غيره، ولو مات أحدهم بعد موت السيد، وقبل إمتداد يد الوارث إلى التركة فالحكم كما لو مات قبل موت السيد.

ولفظ الصيدلاني رحمه الله: يقتضي الاكتفاء بأن لا يكون الميت في يده لثبوت الحكم المذكور، وإن مات بعد امتداد يد الورثة، وقبل الإقراع ففيه[٧] وجهان.

أصحهما[٨]: أنه يحسب الميت على الورثة حتى لو خرجت القرعة لأحد الحيين يعتق كله وذلك لأن الميت دخل في أيديهم وضمانهم.

والثاني: أن الحكم كما لو مات قبل ثبوت أيديهم على التركة، لأنهم لا يتسلطون على التصرف وإن ثبتت أيديهم الحسية.

وقوله في الكتاب "وموته بعد موت السيد، ولكن قبل امتداد يد الوارث إلى آخره" صريح في إثبات وجهين فيما[٩] قبل امتداد أيديهم، وفي أن بعضهم طرد الوجهين

---

(١) في: ب "يستغنون بالمال".
(٢) في: ظ "ويحسب".
(٣) في: ب، ظ "المعتق".
(٤) في: ب، ظ "ورق".
(٥) في: ظ "والعبدان الآخران".
(٦) في: ظ "للحكم".
(٧) في: ظ "فيه".
(٨) في: ظ "أحدهما".
(٩) "ولكن قبل ... وجهين فيما" ليست في: ظ.

فيما إذا مات بعد امتداد أيديهم والذي يوجد لغيره أن الحكم فيما إذا مات قبل الامتداد كهو فيما إذا مات قبل موت السيد، وإن فيما[1] بعد الامتداد وجهين.

وكذلك ذكره الإمام وصاحب الكتاب في "الوسيط"[2] وما ساقه في الكتاب من تفرداته ولا يؤمن صدور مثله عن السهو ولو كانت الصورة بحالها ومات اثنان قبل موت السيد، فعن ابن أبي هريرة أنه يقرع بينهم، فإن خرج سهم العتق على أحد الميتين[3] عتق نصفه، ويحصل للورثة مثلاه، وهو العبد الحي وإن خرج سهم الرق عليه، أقرعنا بين الميت الآخر وبين الحي، فإن خرج سهم الحرية على الميت الآخر أعتقنا نصفه الآخر، وإن خرج سهم الرق عليه لم نحسبه على الورثة، وأعتقنا ثلث الميت الحي.

ولو قُتِلَ أحد العبيد[4] قبل موت السيد أو بعده فيدخل القتيل في القرعة ولا محالة، لأن قيمته تقوم مقامه، فإن خرج سهم العتق لأحد الحيين عتق كله، وللورثة الأخر وقيمة القتيل وإن خرج للقتيل بان أنه قتل حراً وعلى قاتله الدية لورثته، وأما القصاص فعن بعض الأصحاب: أنه لا يجب إن كان قاتله حراً بخلاف ما إذا قال لعبده: إن جرحت فأنت حر قبله فجرحه حرٌّ ومات من الجراحة حيث يجب القصاص، لأن الحرية متعينة فيه وههنا التعيين بالقرعة.

وقال صاحب "التهذيب"[5] يحتمل أن يكون في المسألتين جميعاً / وجهان، لأنه ٦٢٤/ز قتل من اعتقد رقه كما لو قتل من عرفه رقيقاً فبان أنه كان قد عتق وفي[6] وجوب القصاص قولان.

واعلم أن الكلام في المسألة الثانية من فروع القرعة.

---

(١) في: ظ "وإن فيها".
(٢) انظر: ٤٧٤/٧.
(٣) في: ظ "الحيين".
(٤) في: أ "العبدين".
(٥) انظر: التهذيب ٣٨٦/٨.
(٦) في: أ، ظ "في".

والخاصية الرابعة: أحق بأن تودع فيها، ولكن لما ذكر موت العبد الواحد إذا أعتق عقبهُ بالقول في موت الواحد من الجماعة إذا أعتقوا وقد يوجد في كثير من نسخ الكتاب في آخر الفصل "وإن كان بعد موت السيد" وهو غلط والصواب بعد ثبوت اليد، أو بعد امتداد اليد.

(قال [الغزالي] الخاصية الرابعة: القرعة ومحلها أن يعتق عبيداً معاً يقصر الثلث عنهم.

ولو أعتق على ترتيب، فالسابق مقدم.

ولو أوصى على ترتيب أو جمع أقرع.

وقيل: لا قرعة في الوصية، بل يقسم الثلث[1] عليهم[2]

ولو[3] قال الثلث من كل واحد منكم حر ففي إجراء القرعة وجهان).

[فصل في الخاصية الرابعة: القرعة، ومحلها]

[قال الرافعي] مقصود الخاصية مرتب على طرفين:

أحدهما: في محل القرعة وهو أن يعتق عبيداً في مرض موته دفعةً واحدةً يقصر عنهم ثلث[4] ماله و لم يجز الورثة صنيعه[5] فيقرع بينهم لتجتمع الحرية في بعضهم، فيعتق بكماله أو يقرب من العتق وبه قال مالك[6] وأحمد.

وقال أبوحنيفة[7] لايقرع بل يعتق من كل واحد ثلاثة ويستسعى في الباقي، وقد ذكرناه مع معتمدنا في القرعة وهو خبر عمران بن حصين رضي الله عنه في كيفية

---

(١) "الثلث" ليست في: ز، ظ.

(٢) في: ب "عليه". وهو خطأ.

(٣) في: أ، ب، ظ "ولو".

(٤) "ثلث" ليست في: ظ.

(٥) في: ظ "جميعهم".

(٦) في: ز قال" أحمد ومالك".
انظر: المقنع ص ١٩٩، ومختصر خليل ص ٢٩٥، ومواهب الجليل ٣٤١/٦.

(٧) انظر: الهداية ٦٠/٢. وخبر عمران بن حصين سبق في باب القسمة ص ٤٨٧.

احتساب التبرعات من الثلث من كتاب "الوصايا"[١] وفي الضبط المذكور قيود.

أحدها: وقوع الاعتاق في مرض الموت فإن أعتقهم لا في مرض الموت عتقوا جميعاً ولا قرعة.

والثاني: أن يعتقهم دفعة واحدة مثل أن يوكل بإعتاق كل واحد وكيلاً فيعتقوا معاً أو يقول هؤلاء أحرار، أو يقول لهم أعتقتكم، أو أنتم أحرار، فإن أعتقهم على الترتيب يقدم الأول فالأول إلى أن يتم[٢] الثلث، وذلك مثل أن يقول سالم حر، وغانم حر وفائق حر.

ولو قال سالم وغانم وفائق أحرار، فهو محل القرعة.

ولو قال سالم وغانم وفائق حر.

فعن القاضي أبي حامد رحمه الله: أنه يراجع فإن قال أردت حرية كل واحد منهم فهو كما لو قال أحرار.

وإن قال: أردت حرية الأخير قبل ولا قرعة.

وإن قال: أردت حرية غيره لم يقبل والثالث أن يقصر عنهم ثلث ماله، ولا يجيز الورثة، فإن وفّى الثلث بالعتقين[٣] أو أجاز الورثة عتقوا جميعاً.

ولو أوصى بإعتاق عبيده[٤] ولم يف الثلث بهم، ولم يجز الورثة: فيقرع أيضاً، ولا فرق ههنا بين أن يوصي بإعتاقهم دفعة واحدة، وبين أن يقول: أعتقوا عبدي فلاناً ثم يقول: أعتقوا فلاناً، لأن وقت الاستحقاق واحد وهو الموت بخلاف ما إذا رتب الإعتاق المنجز إلا أن يقيد فيقول: أعتقوا فلاناً ثم فلاناً[٥].

---

(١) انظر: الوجيز ٢٧٢/١، والعزيز ٤١/٧، ٤٢.

(٢) في: ظ "إلى سهم".

(٣) في: ظ "المعتقين".

(٤) في: أ "عبد" وفي: ظ "عبيد".

(٥) "ثم فلانا" ليست في: أ.

ولو علق العتق بالموت فقال: إذا مت فأنتم أحرار، أو أعتقتكم بعد موتي، أو رتب فقال: إذا مت ففلان حر، ثم قال[١]: إذا مت ففلان حر يقرع أيضاً.

وفي الوصية وتعليق العتق وجه أنه لا قرعة بل يعتق من كل واحد ثلثه، لأن القرعة على خلاف القياس، وإنما ورد بها[٢] الخبر في الإعتاق المنجز، وقد ذكرنا هذا في "الوصايا" والظاهر الأول[٣].

ولو قال: أعتقت ثلث كل واحد منكم أو أثلاث هؤلاء أحرارٌ فوجهان:

أحدهما: أنه لايقرع بينهم بل يعتق من كل واحد ثلثه لتصريحه بالتبعيض.

وأصحهما: على ماذكر في "التهذيب"[٤] أنه يقرع أيضا، لأن العبيد له على الخلوص، وإعتاق بعض العبيد[٥] الخالص كإعتاق كله فصار[٦] كما لو قال: أعتقتكم وقد سبق هذا في "الوصايا" أيضاً.

وسبق أنه لو قال: "أعتقت ثلثكم، أو ثلثكم حر" فهل هو كقوله "أعتقتكم أو كقوله: أثلاث هؤلاء أحرار"؟ فيه طريقان

وأنه لو أضاف إلى الموت فقال: ثلث كل واحد حر بعد موتي أو[٧] أثلاث هؤلاء أحرارٌ بعد موتي عتق[٨] من كل واحد ثلثه، ولا يقرع، لأنه لا سراية بعد الموت.

وحكينا وجهاً آخر: أنه يقرع كما لو نجز في المرض، والظاهر الأول، وعليه فرع ابن الحداد، ولصاحب الوجه الآخر: أن يقول: نعم لا سراية بعد الموت ولكن قوله "ثلث كل واحد منكم حرٌ نزلتموه منزلة" قوله: "أعتقتكم حتى حكمتم بالقرعة فيه" في أظهر

---

(١) "ثم قال" ليست في: أ.

(٢) في: أ "هذا".

(٣) انظر: الوسيط ٤٧٥/٧، والروضة ١٣٩/١٢، ومغني المحتاج ٥٠٢/٤.

(٤) انظر: التهذيب ٣٧٤/٨، وكذلك الروضة ١٣٩/١٢.

(٥) في: أ "العبيد".

(٦) في: ب "وصار".

(٧) "أو أثلاث هؤلاء أحرارٌ بعد موتي" ليست في: ظ.

(٨) في: ظ "يعتق".

الوجهين، وإذا تنزل[١] منزلته، فلو قال أعتقتكم بعد موتي، يقرع بينهم، فكذلك إذا قال: ثلث كل واحد منكم حر بعد موتي.

[فصل: في القاعدة الأولى في معرفة الثلث فيمن أعتقه منجزاً في المرض]

قاعدتان: إحداهما: يعتبر لمعرفة الثلث فيمن أعتقه منجزاً في المرض قيمة يوم الإعتاق، وفيمن أوصى بعتقه قيمة يوم الموت، لأنه وقت الاستحقاق[٢] وفيما يبقى للورثة أقل قيمة من يوم الموت، إلى أن يقبضوا التركة، لأنه إن كانت قيمة يوم الموت أقل فالزيادة حصلت في ملكهم، وإن كانت قيمة يوم القبض أقل فما نقص قبل ذلك لم يدخل في يدهم فلا يحتسب عليهم كما يغصب أو يضيع[٣] من التركة قبل أن يقبضوه.

وإذا نجز إعتاق عبد في المرض، وأوصى بإعتاق آخر قومنا الأول حال إعتاقه، والآخر حال[٤] الموت، وبقية التركة بأقل القيمتين، فإن خرجا من الثلث عتقا، وإن خرج أحدهما أعتقنا المنجز إعتاقه، وإن زاد الثلث على أحدهما أعتقنا الثلث بقدر الزيادة من الموصى بإعتاقه، وإن نقص الثلث أعتقنا بقدره من المنجز إعتاقه.

ولو أعتق في المرض عبداً مبهماً بأن قال: أحد هؤلاء حراً وأوصى بإعتاق واحد[٥] مبهم أيضا: بأن قال: أعتقوا أحد هؤلاء ففي "جمع الجوامع" للروياني رحمه الله: أنه يكتب رقعة للعتق وأخرى للوصية، ورقعتان للتركة، فمن خرج له العتق فكأنه أعتقه بعينه، ومن خرج / له الوصية فكأنه أوصى بإعتاقه بعينه، ثم يكون الحكم كما سبق. ٦٢٥/ز

وفي "الشامل" أنه يميز الثلث بالقرعة، أولاً ثم يميز بين المنجز إعتاقه، وبين الآخر.

---

(١) في: ب، ظ "نزل".

(٢) في: ظ "الإعتاق".

(٣) في: أ، ب، ظ "ويضيع".

(٤) في: ظ "حالة".

(٥) "واحدٍ" ليست في: أ.

[فصل: في القاعدة الثانية ثبوت ملك عتق من حُكِمَ بعتقه بالقرعة]

والثانية كل عبد من المنجز إعتاقهم عتق بالقرعة يحكم بعتقه من يوم الإعتاق لا من يوم القرعة، ويسلم له ما اكتسبه من وقت الإعتاق غير محسوب من الثلث سواء اكتسبه في حياة المعتق، أو بعد موته، وكل من بقي رقيقاً منهم فأكسابه[١] قبل موت المعتق تحسب على الوارث في الثلثين، واكتسابه بعد موته، وقبل القرعة لاتحسب عليه، لحصوله على ملكه، فلو[٢] أعتق في مرضه ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم، قيمة كل واحد مائة واكتسب أحدهم بمائة وأقرعنا فإن خرجت القرعة للمكتسب عتق وفاز بكسبه ورق الآخران، وإن خرجت[٣] القرعة[٤] لأحد الآخرين عتق، ثم تعاد القرعة بين المكتسب والثاني، فإن خرجت للثاني عتق ثلثه، وبقي ثلثاه[٥] والمكتسب وكسبه للورثة، وإن خرجت للمكتسب وقع في الدَّوْر، لأنه يعتق بعضه ويتوزع الكسب على ما عتق[٦]، وعلى ما رَقّ ولا تحسب عليه حصة ماعتق، وتزيد التركة بحصة ما رُقّ، وإذا زادت التركة زاد[٧] ما عتق وتزيد[٨] حصته، وإذا زادت حصته نقصت حصة التركة، وطريق استخراجه قد بيناه في "المسائل الدورية" من "الوصايا"[٩] والحكم: أنه يعتق منه ربعه ويتبعه ربع كسبه، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه، وثلاثة أرباع كسبه[١٠] والعبد الآخر، وجملتها ضعف ما عتق.

ولو اكتسب أحدهم مائتين وخرجت القرعة الثانية لغير المكتسب عتق ثلثاه،

---

(١) في: أ "فاكتسابه".

(٢) في: ز ، ط "ولو"

(٣) في: ظ "خرج".

(٤) "القرعة" ليست في: ظ.

(٥) في: ب "مع المكتسب".

(٦) في: أ "ما أعتق".

(٧) "زاد" ليست في: ز.

(٨) في: ز "فتزيد".

(٩) انظر: الوجيز ٢٨٠/١، والوسيط ٤٧٦/٧، والعزيز ١٥٥/٧ وما بعدها.

(١٠) قوله: "يبقى للورثة ... كسبه" ليست في: ظ.

وبقي ثلثه والمكتسب[١] وكسبه للورثـة وإن خرجـت للمكتسـب[٢] فقـد عتـق منـه شـئ وتبعه من الكسب شيئان، لأن كسبه مثلا قيمته تبقى للورثة أربعة أعبدٍ إلا ثلاثـة أشـياء وإن شئت قلت: أربعمائة إلا ثلاثة أشياء[٣] يعدل ضعـف مـاعتق، وهـو عبـدان وشـيئان فبعد الجبر[٤] أربعة أعبد تعدل عبدين وخمسة أشياء؟ نسقط عبدين بعبدين، يبقـى عبـدان في مقابلة خمسة أشياء فالشيء خمس[٥] العبدين وهو خمسا عبد[٦] وذلك أربعون فقد عتق مائة وأربعون وبقي للورثة ثلاثـة أخماسـه ستون، وثلاثـة أخمـاس كسبه مائـة وعشـرون والعبد الآخر، وجملتها مئتان وثمانون.

ولو اكتسب أحدهم خمسين، وخرجت القرعة الثانية لغير المكتسب عتـق سدسـه وهو ستة عشر وثلث[٧] وبقي خمسة أسداسه والمكتسـب، وكسـبه للورثـة، وجملـة ذلـك مائتان وثلاثة وثلاثنون وثلث ضعـف مـاعتق، وإن خرجـت للمكتسـب عتـق منـه شـيء وتبعه من الكسب نصف شيء يبقى للورثة عبدان ونصف سوى[٨] شئ ونصـف وذلـك عدل[٩] ضعف ما عتق وهو عبدان وشيئان فبعد الجبر يصير عبدان ونصف[١٠] في معادلـة عبدين وثلاثة أشياء ونصف، نسقط عبدين بعبدين تبقـى المعادلـة بـين نصـف عبـد وبـين ثلاثة أشياء ونصف، والشئ من ثلاثة أشياء ونصف سبعاه[١١] فالشيء سبعا نصـف عبـد وسبعا نصف عبد سُبع عبد فعرفنا أنه عتق منه بسبعة وهو أربعـة عشـر وسـبعان، ويتبعـه من الكسب سبعة غير محسوب عليه يبقى للورثـة سـتة أسـباعه[١٢] وهـي خمسـة وثمـانون

---

(١) في: أ "الكاسب".

(٢) في: أ "الكاسب".

(٣) "وإن شئت قلت أربعمائة إلا ثلاثة أشياء" ليست في: ظ.

(٤) في: ظ "الحر".

(٥) في: ظ "خمسي".

(٦) "العبدين، وهو خمسا عبد" ليست في: ظ.

(٧) في: أ "ثلثان".

(٨) في: ز "ونصف شيء سوى".

(٩) في: ز ، ظ "يعدل".

(١٠) في: ظ "في ضعف ماعتق وهو عبدان وشيئان".

(١١) في: ظ "سبعا".

(١٢) في: ظ "أشياء".

وخمسة أسباع، ومن الكسب ستة أسباعه وهي اثنان وأربعون، وستة أسباع، والعبد الآخر وهو مائة.

وجملة ذلك مائتان وثمانية وعشرون، وأربعة أسباع ضعف ماعتق.

ولو كانت المسألة كما صورنا واكتسب كل واحد من العبيد مائة فمن خرجت له القرعة عتق وتبعه كسبه، ثم تعاد القرعة بين الآخرين، فمن خرجت له القرعة عتق منه شيء[١] وتبعه من الكسب مثله يبقى مع الورثة أربعة أعبد سوى شيئين يعدل ضعف ما أعتقا وهو عبدان وشيئان فبعد الجبر يعدل[٢] أربعة أعبد و[٣]عبدين وأربعة أشياء فتسقط عبدين بعبدين يبقى عبدان في مقابلة أربعة أشياء فالشيء نصف العبد فعلمنا أنه عتق من هذاالعبد نصفه وتبعه نصف كسبه غير محسوب يبقى للورثة نصفه الآخر ونصف كسبه وللعبد الآخر وكسبه وجملته ثلاثمائة ضعف ما أعتقنا وقد قدمنا لهذه الصورة نظائر في "الوصايا"[٤] فلا نطول.

وهذا كله في الاكساب الحاصلة في حياة المعتق.

ولو اكتسب واحد من العبيد في المثال المذكور، مائة بعد موته فإن خرجت القرعة للمكتسب عتق وتبعه كسبه غير محسوب كما لو اكتسب في الحياة، وإن خرجت لغير المكتسب عتق ورقَّ الآخران، ولا تعاد القرعة[٥] للكسب، بل يفوز به الورثة، لحصوله في ملكهم وكسب من أوصى بإعتاقه في حياة الموصي للموصى تريد[٦] به التركة والثلث، وكسبه بعد موته لا تريد به التركة والثلث بلا خلاف.

وحكى ابن الصباغ رحمه الله: في أنه للورثة أو للعبد طريقين

---

(١) "وتبعه ... عتق منه شيء" ليست في: ظ.

(٢) من قوله: "مع الورثة ... تعدل" ليست في: أ.

(٣) "و" ليست في: أ.

(٤) انظر: الوجيز ١٥٥/٧ وما بعدها.

(٥) "كما لو اكتسب ... ولا تعاد القرعة" ليست في: ظ.

(٦) في: ظ "بل تريد".

أحدهما: أن فيه قولين كالقولين في أن كسب العبد الموصى به بعد موت الموصي وقبل القبول للورثة أو للموصى له.

وأصحهما: القطع بأنه للعبد.

والفرق أنه استحق العتق بموت الموصي استحقاقاً مستقراً والموصى غير مستقر، بل الموصى له بالخيار بين الرد والقبول، وإذا زادت قيمة من نجز إعتاقه كانت الزيادة كالكسب، فمن خرجت له قرعة العتق تبعته الزيادة غير محسوبةٍ عليه.

وكذا[1] لو كان فيمن أعتقهم، جارية فولدت قبل موت المعتق، فالولد كالكسب فإذا خرجت القرعة لها تبعها الولد غير محسوب من الثلث، وإن خرجت لغير الذي زادت قيمته أو التي ولدت وقع الدور، فلو أعتق ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم قيمة كل واحد منهم مائة، فبلغت قيمة أحدهم مائتين فهو كما لو اكتسب أحدهم مائة.

ولو أعتق جاريتين قيمة كل واحدة[2] مائة، فولدت إحداهما ولداً، قيمته مائة، فهو كما لو اكتسب إحداهما مائة فإن خرجت القرعة للتي لم تلد عتقت، ورقت الوالدة وولدها وهما ضعف ما أعتقنا[3]، وإن خرجت للوالدة عتق منها شيء وتبعها من الولد مثله، يبقى مع الورثة ثلاثمائة سوى شيئين تعدل ضعف ما أعتقنا محسوباً و[4] هو شيئان فبعد الجبر تعدل ثلاثمائة أربعة أشياء، فالشيء ربع الثلاثمائة وربع الثلاثمائة ثلاثة أرباع المائة، فعرفنا أنه عتق منها ثلاثة أرباعها، وتبعها ثلاثة أرباع الولد[5] يبقى مع الورثة ربعها، وربع الولد والجارية الأخرى، وجملة ذلك مائة وخمسون ضعف ما عتق منها وفُرِّعَ على هذا الأصل أنه لو قال: لجارية له حامل في مرض موته أنت حرة، أو ما في بطنك فولدت لما دون ستة أشهر من يوم الإعتاق، ولم يتفق تعيين فيقرع بينهما، فإن خرجت[6] للولد عتق دون الأم، فإن[7] لم يف الثلث به عتق منه بقدر الثلث، وإن

---

(١) في: ظ "بل تريد".
(٢) "واحدة" ليست في: أ.
(٣) في: ظ "اعتقا".
(٤) "و" ليست في: ظ.
(٥) "فعرفنا أنه ... أرباع الولد" ليست في: ز.
(٦) في: ظ "فإن خرجت القرعة".
(٧) في: ز "وإن".

خرجت للأم عتقت وتبعها الولد إن وفيَّ بهما الثلث، وإلا فيعتق منها شيء ويتبعها من الولد شيء، وطريق الاستخراج[1] ماذكرنا[2] فيما إذا أعتق عبداً واحداً فاكتسب[3] في باب الوصايا وتقويم الولد إنما يكون في يوم الولادة، وهذا الذي ذكرناه فيما إذا ولدت الجارية قبل موت المعتق، فإن ولدت بعد موته، نظر: إن ولدت لأكثر من ستة أشهر من يوم الموت فالولد كالكسب الحاصل بعد موته، وإن خرجت القرعة للوالدة عتقت وتبعها الولد، وإن خرجت لغير الوالدة عتقت، ولا تعاد القرعة للولد، لأنه حدث على ملك الورثة، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر، فهل يحسب على الوارث حتى تعاد القرعة؟

قال: صاحب التهذيب: ينبني هذا[4] على أن الحمل، هل يعرف؟.

إن قلنا: لا فهو كالحادث بعد الموت، فلا تعاد، وإن قلنا: نعم. فكالحادث بعده فتعاد، وأطلق الصيدلاني، حكاية وجهين: في أنه إذا ولدت الجارية بعد الموت، هل يحسب الولد على الورثة في الثلثين؟ ولو نقصت قيمة من نجز عتقه قبل موت المعتق، فإن كان النقصان فيمن خرجت له قرعة العتق فهو محسوب عليه، لأنه محكوم بعتقه من يوم الإعتاق، وإن كان[5] فيمن رق فلا يحسب على الورثة إذا لم يحصل لهم إلا الناقص، فلو أعتق عبداً، لا مال له غيره قيمته مائة، فرجع إلى خمسين فقد ذكرنا طريق استخراجه في الوصايا، وبإيراد آخر نقول: عتق منه شيء ورجع إلى نصف شيء فبقي خمسون ناقصة بنصف شيء يعدل ضعف ماعتق، وهو شيئان فبعد الجبر يعدل خمسون وشيئين[6]، ونصف شيء فعرفنا أنه يعتق منه خمسة، لأن النصف من شيئين، ونصف خمس، وإن كان[7] قيمته يوم الإعتاق عشرين فعاد[8] إلى عشرة، وبقي للورثة أربعة أخماسه، وقيمته يوم الموت أربعون، وهي ضعف ما عتق.

---

(١) في: أ "استخراج".
(٢) في: ب "ماذكرنا".
(٣) في: ز ، ظ "واكتسب".
(٤) "هذا" ليست في: ز ، ظ.
(٥) في: ظ "كانت".
(٦) في: ظ "في ١، ز، ب شيئين".
(٧) في: ز "وكانت". وفي: ظ "وكان".
(٨) في: ر "فعادت".

ولو أعتق ثلاثة أعبد قيمة كل واحد[١] مائة فعادت قيمة أحدهم إلى خمسين، فإن خرجت القرعة للذي انتقصت[٢] قيمته عتق، ولا يعتق من الآخرين شيء، لأنه كانت قيمته يوم الإعتاق مائة فينبغي[٣] أن يبقى للورثة ضعفها، وإن خرجت لأحد الآخرين عتق منه خمسة أسداسه، وهي بالقيمة ثلاثة وثمانون وثلث، ويبقى للورثة سدسه، والعبد الآخر، والذي نقصت قيمته، وجملتها مائة وستة وستون، وثلثان، وهي ضعف ماعتق، وإنما كان كذلك لما ذكرنا أن المحسوب على الورثة الباقي بعد النقصان، وهو مائتان وخمسون، ولو أعتق عبدين قيمة كل واحد منهما مائة، ولا مال له سواهما فعادت قيمة أحدهما إلى خمسين، فإن خرجت القرعة للذي لم تنقص قيمته عتق نصفه، وبقي للورثة نصفه، والعبد الآخر، وهما ضعف ما عتق، وإن خرجت للذي انتقص وقع الدور، لأنا نحتاج إلى إعتاق شيء[٤] بعضه معتبراً، بيوم الإعتاق، وإلى إبقاء ضعفه للورثة معتبراً بيوم الموت، وطريقه أن يقال: عتق منه شيء، وعاد إلى نصفه فبقي للورثة مائة وخمسون سوى، نصف شيء وذلك يعدل ضعف ما أعتقنا، وضعف ما أعتقنا[٥] شيئان، فبعد الجبر، تعدل: مائة وخمسون شيئين. ونصف شيء، والشيء من شيئين، ونصف خمساه، وخمسا مائة وخمسين، ستون، فعلمنا أنه عتق من العبد يوم الإعتاق ستون، وعاد هذا المبلغ إلى ثلثين، يبقى للورثة خمسا هذا العبد وهو عشرون، والعبد الآخر وهو مائة، والمائة والعشرون ضعف الستين، وإن حدث[٦] النقصان بعد موت المعتق، وقبل الإقراع، فهل يحسب النقصان على الورثة قال في "التهذيب" إن كان الوارث مقصور اليد عن التركة لم تحتسب[٧] عليه كما في حال الحياة وإلا فوجهان.

أصحهما: أنها تحسب عليه وهذا كالخلاف الذي مر فيما إذا مات بعضهم.

---

(١) في: ز، واحد منهم.
(٢) في: أ، ب، "انتقصى". وفي: ظ "انتقص".
(٣) في: ز "فكان ينبغي".
(٤) "شيء" ليست في: ب، ز، ز.
(٥) "وضعف ما أعتقنا" ليست في: ظ.
(٦) في: ج. حصل.
(٧) في: ظ "تحسب".

(قال الغزالي: وأسهل طرق القرعة إذا كانوا ثلاثة أن يكتب الرق على رقعتين والحرية على رقعة وتدرج[1] في بنادق متساوية وتعطى صبياً حتى يعطي كل عبدٍ[2] واحدة ولا يتعين الكاغد، بل يجوز بالخشب، والنوى، ولا يجوز بشئ آخر فيه خطرٌ كقولهم إن طار غراب[3] ففلانٌ يتعين[4] للحرية).

[فصل في كيفية القرعة]

[قال الرافعي]: الطرف الثاني وفيه فصلان: الفصل الأول في كيفية القرعة. والتجزئة التي تترتب عليها القرعة، وفيه فصلان:

الأول: في كيفية القرعة وقد مرَّ في باب القسمة[5] أن للقرعة طريقين.

أحدهما: أن يكتب أسماء العبيد في رقاع ثم يخرج على الرق والحرية.

والثاني: أن يكتب في الرقاع الرق[6] والحرية ويخرج على[7] أسماء العبيد.

وذكرنا أن من الأصحاب رحمهم الله من أثبت قولين في أنه يقرع بالطريق الأول أو الثاني، وأن في كون ذلك الخلاف، في الجواز، أو الأولوية؟ خلافاً آخر، وأنَّ عامتهم ذهبوا إلى أن في العتق يسلك ما شاء من الطريقين، ولفظ الشافعي رضي الله عنه في "المختصر"[8] يدل عليه وإثبات الأسماء والإخراج على الرق، والحرية أقصر، لأن إثبات الرق والحرية والإخراج على الأسماء[9] قد يُحوِجُ إلى إعادة القرعة مرة أخرى كما سنفصل.

---

(١) في: ز "ويجعل".
(٢) في: ز "كل واحد منهم واحدة واحدة".
(٣) في: ظ "الغراب".
(٤) في: ز "ففلانٌ متعين".
(٥) انظر: الوجيز ٢/٢٤٧، والعزيز ١٢/٥٤١ وما بعدها
(٦) "الرق" ليست في: ز.
(٧) "على" ليست في: ز.
(٨) انظر: المختصر ص ٣٢٠، وانظر: الحاوي ٢٢/٤٦.
(٩) من قوله "والإخراج على الرق ... والإخراج على الأسماء" ليست في: ز.

واستحب الشافعي على الطريقين أن تكون الرقاع صغاراً لتكون أخفى وأن تكون متساوية، وأن تدرج في بنادق وتجعل في حِجرْ من لم يحضر هناك على مابينا[١] في "القسمة".

وأن تغطى بثوب ويدخل من يخرجها اليد[٢] تحته. وكل ذلك ليكون أبعد عن التهمة، ولا تتعين الرقاع، بل تجوز القرعة بأقلام متساوية وبالنوى والبعر.

وقد روى أنه صلى الله عليه وسلم "أقرع في قسمة بعض الغنائم بالبعر"[٣]. وأنه أقرع مرة بالنوى".

وذكر الصيدلاني رحمه الله: أنه لايجوز أن يقرع بأشياء مختلفة كدواة، وقلم وحصاةٍ وقد يتوقف في هذا، لأن المخرج إذا لم يعلم ما اختاره كل واحد منهم، لا يظهر فيه حيفٌ.

ويدل عليه ماذكر الإمام: أن الغرض تحكيم[٤] القرعة على وجه[٥] لايبقى فيه خيال الخيانة والمواطأة، ولسنا نضبط وجهاً من القرعة، ولذلك قال الشافعي "أحبُّ القرعة إليَّ وأبعدها عن الحيف[٦] رقاع صغارٌ" إلى آخره.

ولا يجوز الإعراض عن القرعة أصلاً والتمييز بطريق آخر بأن[٧] يتفقوا على أنه إن طار غراب ففلان حرٌ أو إن[٨] من وضع عليه صبي يده فهو حرٌ أو أن يراجع شخص لا

---

(١) في: أ "بيناه".

(٢) في: أ "من اليد".

(٣) قال ابن الصلاح على مشكل الوسيط ٤٧٧/٧ "وقد أقرع رسول الله ﷺ في المغانم مرة بالنوى ومرة بالبعر" لا أعرف له صحة" والله أعلم.
وقال ابن حجر في التلخيص ٢١٢/٤ "قوله: روى أنه صلى الله عليه وسلم أقرع في قسمة بعض الغنائم بالبعر، وروى أنَّه أقرع مرة بالنوى. قال ابن الصلاح في كلامه عن الوسيط. ليس لهذا صحة".

(٤) في: أ "تحكم".

(٥) في: ظ "وجهين".

(٦) في: أ، ب، ز "التجيف".

(٧) انظر: المختصر ص ٣٢٠.

(٨) في: ظ "إن".

غرض له في تعيين عبد الرق أو للعتق[١]، بل يتبع ما ورد به الخبر، وللإمام ههنا[٢] بحثان.

أحدهما: إذا[٣] كنانعتق عبداً ونُرِّق[٤] عبدين ورأينا إثبات الرق والحرية فقد قال الأصحاب رحمهم الله: يثبت الرق في رقتين والحرية في رقعة على نسبة المطلوب في القلة والكثرة، فأيما يكثر[٥] فهو أحرى لسبق[٦] اليد إليه.

وفي كلامهم مايدل على استحقاق ذلك، ومنهم من عده احتياطاً، وقال تكفي رقعةً للرق وأخرى للحرية، ثم إذا أخرجنا[٧] واحدة باسم أحدهم، وخرجت رقعة الحرية انفصل الأمر، وإن خرجت رقعة الرق احتجنا إلى إدراجها في البندقة مرة أخرى.

والثاني: قال: إذا أثبتنا الرق والحرية فقال المخرج أخرج على اسم هذا ونازعه الآخرون، وقالوا: أخرج على أسمائنا أو أثبتنا الأسماء وقال[٨] المخرج: أخرج على الحرية[٩]، وقالوا: أخرج على الرق أو تنازع الورثة والعبيد[١٠] فقال الورثة: أخرج على الرق وقال العبيد[١١] على الحرية[١٢]، فهذا لم يتعرض له الأصحاب.

وفيه احتمالان: إن أثبت الرق والحرية.

أحدهما: أن يقرع بين العبد أولاً حتى يتعين من يعرض على الرق والحرية، فإذا تعين واحد أخرجت رقعة على اسمه.

---

(١) في" أ "الرق والعتق".
(٢) في: ز "هنا".
(٣) في: ظ "أنا إذا".
(٤) في: ظ "آخرين".
(٥) في: ب، ز ، ظ "فإن ما".
(٦) في: ز "بسق".
(٧) في: ب "أخرجت".
(٨) في: ظ "وقالوا" وهو خطأ.
(٩) "وقالوا اخرج على اسمائنا او اثبتنا الاسماء وقال المخرج أخرج على الحرية" ليست في: ز.
(١٠) في: أ "والعبد".
(١١) في: أ، ظ "العبد".
(١٢) في: ز "أخرج على الحرية".

والثاني: إن أثبت الحرية على رقعةٍ والرق على رقعتين، ويعطى المخرج كل عبد رقعة، وقد سبق في باب "القسمة" أن تعيين من يبتدأ به من الشركاء والآخر منوط ينظر القسام فيمكن أن يناط ههنا أيضاً بنظر من يتولى الإقراع من قاض أو وصي، حتى يبتدي بمن شاء ولا يلتفت إلى مضايقاتهم[١].

وقوله في الكتاب: "وأسهل طرق القرعة.." إلى قوله "حتى يعطي كل عبد واحداً" كأنه يعني به أن إثبات الرق والحرية، وتسليم رقعة إلى كل واحد أدفع للمنازعة في البداية، وهذا الإحتمال الثاني ذكره الإمام رحمه الله، وإلا فقد بينا أن[٢] إثبات الأسماء والإخراج على الرق، والحرية أفضى وأيسر، وإعطاء كل عبد رقعة ليس بشرط في الإقراع، بل[٣] يكفي الإخراج بأسمائهم وأعيانهم ويمكن أن يعلم قوله "وأسهل طرق القرعة" بالواو إشارة إلى قول من أثبت الخلاف في أنَّ الطريق هذا أو هذا فإن من عين طريقاً لايجعل للقرعة طريقين، أو طرقاً حتى يكون أحدهما أسهل.

وقوله: "لا يجوز بشئ آخر في خطر" لم يقل بشئٍ فيه خطر إشارة إلى أن في إخراج القرعة خطراً أيضاً لكن الشرع عينها فلا مَعْدِلَ عنها إلى غيرها.

(قال [الغزالي]: أما كيفية التجزئة فسهلٌ إذا أمكن تجزئتهم بثلاثة أجزاء متساوية في القيمة ولا بأس إن لم يتساو عددهم بل يجبر الخسيس بالنفيس، فإن لم يمكن، كما لو[٤] كانوا ثمانية أعبد قيمة كل واحد مائة، ففي قول يجب تجزئتهم بثلاثة أجزاء بحيث يقرب[٥] من الثلث[٦] في القيمة فيجزؤن إلى ثلاثة، وثلاثة واثنين، فإن خرج على ثلاثة أنحصر العتق فيهم، ثم يقرع بينهم بسهم رق وسهمي عتق، فمن خرج له الرق رق ثلثه، ليرجع كل العتق إلى قدر الثلث، وإن[٧] خرج على الاثنين

---

(١) في: ظ "مقايضاتهم".
(٢) "أن" ليست في: أ.
(٣) في: أ "بلى".
(٤) في: أ "كما إذا".
(٥) في: ظ "يقربون".
(٦) في: أ "التثليث".
(٧) في: ظ "فإن".

عتقا ثم يعاد بين الستة إلى أن يخرج العتق لواحد، فيرق ثلثه، ويعتق ثلثاه[١].

والقول الثاني[٢]: إن التثليث لايجب بل تجوز القرعة عليهم كيف اتفق إلى أن يؤدي إلى المقصود.

وقيل: هذا الخلاف في الاستحباب لا في الاستحقاق).

[الفصل الثاني: في كيفية تجزأة العبيد]

[قال الرافعي]: الفصل الثاني: في كيفية تجزأة العبيد، وتجزأتهم تقع بحسب الحاجة، فلو أعتق عبدين، لا مال له سواهما أقرع بينهما بإثبات اسمهما في رقعتين وإخراج إحداهما على الحرية أو الرق، أو بإثبات الرق، والحرية[٣] في رقعتين على اسميهما ثم إن استوت قيمتهما فمن خرج له سهم الحرية عتق ثلثاه ورق باقيه والآخر، وإن اختلفت قيمتهما كمائة ومائتين، فإن خرج، سهم الحرية للذي قيمته مائة عتق، ورق الآخر، وإن خرج للآخر عتق نصفه ورق باقيه والأول. ٦٢٨/ز

وإذا اختصرت قلت من خرج له سهم الحرية عتق منه قدر الثلث، فإن كان الثلث أكثر منه تُم من الثاني، وإن أعتق جماعة من العبيد لا مال لهم سواه[٤]، وأردنا القرعة فإن كانوا ثلاثة واستوت قيمتهم فإن شئنا كتبنا أسماءهم، وقلنا للمخرج أخرج رقعة على الحرية، فمن خرج اسمه عتق أو قلنا: أخرج على الرق حتى يتعين الأخير[٥] للحرية والإخراج على الحرية أولى لأنه أقرب إلى فصل الأمر.

وإن شئنا كتبنا على الرقاع الرق في رقعتين، والحرية في رقعة، وقلنا أخرج على اسم سالم أو أشرنا إلى عينه.

وقلنا: على[٦] اسم هذا فإن خرج سهم الحرية عتق، ورق الآخران، وإن خرج

---

(١) في: ظ "ثلثه".

(٢) "الثاني" ليست في: زه .

(٣) في: زّ "والإخراج".

(٤) في: أ "لهم" وهو خطأ.

(٥) في: أ "في الأخي الحرية ". وفي: ظ "الآخر".

(٦) في: ب "أخرج على".

سهم الرق رق وأمرنا بإخراج رقعة أخرى على اسم غانم فإن خرج سهم الحرية عتق ورق الثالث، وإن خرج سهم الرق فبالعكس.

وإن اختلفت قيمتهم كمائة ومائتين وثلاثمائة فإما أن تُكْتَبَ أسماؤهم، فإن خرج اسم الأول عتق، وأمرنا بإخراج رقعة أخرى، فإن[١] خرج اسم الثاني عتق نصفه، وإن خرج اسم الثالث [عتق ثلثه، وإن خرج أولا اسم الثاني عتق ورق الآخران، وإن خرج اسم الثالث][٢] عتق ثلثاه ورق باقيه والآخران.

وإما إن تكتب الرق في رقعتين والحرية في رقعة، ويخرج على اسمائهم.

وإن كانوا أكثر من ثلاثة فإن أمكن تسوية الأجزاء عدداً وقيمة كستةٍ، وتسعةٍ واثني عشر، قيمتهم متساوية جزأناهم ثلاثة أجزاء[٣] وصنعنا صنيعنا[٤] في الثلاثة المتساوية القيم.

وكذلك الحكم في ستة، ثلاثة منهم قيمة كل واحد منهم[٥] مائة وثلاثة قيمة كل واحدٍ منهم خمسون، فتضم إلى كل نفيس خسيساً، ونجعلهم ثلاثة أجزاء وفي ستة اثنان[٦] قيمة كل واحد منهم ثلاثمائة، واثنان قيمة كل واحد منهم مائتان واثنان[٧]قيمة كل واحد مائة فنجعل اللذين قيمتهما أربع مائة جزءاً، وتضم[٨] كل واحد من النفيستين إلى واحد من الخسيسين فتستوي الأجزاء عدداً وقيمةً، وإن لم يمكن التسوية بالعدد، وتيسرت بالقيمة كخمسة قيمة أحدهم مائة وقيمة اثنين مائة وقيمة اثنين مائة جزأناهم كذلك، وأقرعنا، وإن أمكن التسوية بالعدد دون القيمة كستة قيمة أحدهم مائة وقيمة

(١) في: ز "وإن".
(٢) من قوله: "عتق ثلثه ... اسم الثالث" ليست في: ب.
(٣) "ثلاثة أجزاء" ليست في: ب.
(٤) في: ظ "صنعاً".
(٥) في: ز "اثنان منهم".
(٦) في: ز "اثنان منهم".
(٧) من قوله "قيمة كل واحد منهم ثلاثة ... واثنان" ليست: في ظ.
(٨) في: ب، ظ "إلى كل".

اثنين مائة وقيمة ثلاثة مائة فكيف يُعدلون؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبوحامد، والعراقيون رحمهم الله.

أصحهما: وينسب إلى النص أنهم يجزءون واحداً واثنين وثلاثة ويقرع بينهم كما ذكرنا.

والثاني:: يجزءون بالعدد اتباعاً لفعل[١] النبي ﷺ في حديث عمران بن حصين[٢] رضي الله عنه.

وعلى هذا فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءاً والذي قيمته مائة[٣] مع واحد من الثلاثة الباقين جزءاً، والباقيان من الثلاثة جزءاً ويقرع بينهم[٤]، فإن خرجت القرعة للذين قيمتهما مائة عتقا ورق الباقون، وإن خرجت على للذين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر ثلث المائة أعيدت القرعة بينهما، فإن خرجت للذي قيمته مائة عتق ورق الآخر، وإن خرجت للآخر عتق ورق[٥] من الأول ثلثاه، لانحصار العتق فيهما، وإن خرجت للذين قيمتهما ثلثا[٦] المائة عتقا، وأعيدت القرعة بين الجزأين الآخرين[٧]، فإن خرجت على اللذين قيمتهما مائة أعيدت القرعة بينهما فأيهما خرجت عليه، عتق ثلثاه وإن خرجت على اللذين قيمتهما مائة وثلث أُعيدتْ بينهما، فإن خرجت على الذي قيمته ثلث المائة عتق جميعه، وإن خرجت على الآخر عتق جميعه، وهذا تطويل بلا فائدة.

---

(١) في: ب "لقول".

(٢) هو: عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي، أبو نُجيد، بنون وجيم مصغرا، أسلم عام خيبر، وصحب، وكان فاضلاً، وقضى بالكوفة، مات سنة اثنتين وخمسين بالبصرة. رضي الله تعالى عنه. انظر: تقريب التهذيب ٢/٨٢.

والحديث هو: ماروي عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مالٌ غيرهم، فدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثاً ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرقَّ أربعة".

وقد سبق في باب القسمة. ص ٨٧٤.

(٣) من قوله "جزءاً والذي قيمته مائة" ليست في: ظ.

(٤) "بينهم" ليست في: ظ.

(٥) في: أ "وعتق" وهو خطأ بين.

(٦) في: ظ "ثلاثمائة".

(٧) "الآخرين" ليست في: ظ.

وفي حديث عمران رضي الله عنه أنه إن كانت[١] قيمتهم متساوية وإذا لم تكن[٢] التسوية بالعدد ولا قيمة كثمانية أَعْبُدٍ قيمتهم متساوية ففيه قولان:

أصحهما: أنهم يجزؤون بثلاثة أجزاء بحيث يقرب من الثلث[٣]، لأن ذلك أقرب إلى فعل رسول الله ﷺ فيجزؤون ثلاثة وثلاثة واثنين، ويقرع بينهم، فإن خرج سهم العتق على ثلاثة رق غيرهم، وانحصر العتق فيهم ثم يقرع[٤] بينهم بسهمي عتق وسهم رقٍّ فمن خرج له الرق، رق ثلثه وعتق ثلثاه مع الآخرين وذلك تمام الثلث، وإن خرج سهم العتق على اثنين عتقاً ثم تعاد القرعة بين الستة ويجعل لكل اثنين جزءاً، فإذا خرج سهم العتق باسم اثنين أعدنا القرعة بينهما فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثاه[٥] وهذا إذا كتبنا في الرقاع الرق والحرية، وإن كتبنا الأسماء فإذا خرج اسم اثنين وعتقا لم تعد القرعة بين الستة، بل يخرج قرعة أخرى ثم يقرع بين الثلاثة المسمين[٦] فيها، فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثه[٧]، ولا يجوز على هذا القول أن يجزءهم أربعة، واثنين[٨] لبعد هذه التجزئة عن التثليث.

والقول الثاني: أنا لا نراعي التثليث[٩] بل نراعى ما هو أقرب إلى فصل الأمر، فيجوز أن تكتب أسماؤهم في ثمان رقاع ويخرج واحدة بعد واحدة إلى أن يتم الثلث.

ويجوز أن يجعلوا أرباعاً ثم أن شئنا أثبتنا اسم كل اثنين في في رقعة، فإذا أخرجنا واحدة على الحرية عتقا، ثم يخرج رقعة أخرى ويقرع بين الاثنين اللذين اسمهما فيها، فمن خرجت له القرعة عتق ثلثاه، وإن أثبتنا الرقَّ والحرية أثبتنا العتق في واحدة والرق في ثلاث، فإذا خرجت رقعة الحرية لاثنين عتقا، ويعيد القرعة بين الستة، فإذا خرجت الحرية

---

(١) في: ا "إن كان" وفي: ب "أنه كانت" وفي: ظ "إن كانت".
(٢) في: أ "يمكن".
(٣) في: أ "التثليث".
(٤) "فإن خرج سهم ... ثم يقرع بينهم" ليست في: ظ.
(٥) "مع الآخرين، وذلك .... فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثاه" ليست في: ز.
(٦) في: أ "المسميين".
(٧) في: أ "ثلثاه".
(٨) "واثنين" ليست في: ز.
(٩) "التثليث بل نراعي" ليست في: أ.

لاثنين آخرين، أقرعنا بينهما كما سبق، ولا يبعد أن يجوز على هذا إثبات العتق في رقعتين والرق في رقعتين ويعتق الأثنان اللذان خرجت لهما رقعة العتق أولاً ويقرع بين الاثنين الذين تخرج لهما رقعة العتق الثانية، وإن كان[١] العبيد[٢] سبعة فعلى القول الأول نجزءهم ثلاثة واثنين واثنين، وعلى القول[٣] الثاني: نجزيء كيف شئنا إلى أن يستوفى الثلث[٤].

وإن كانوا أربعة قيمتهم متساوية فعلى القول الأول نجزءهم اثنين وواحداً وواحداً، فإن خرج سهم الحرية لأحد الواحدين، عتق ثم يعيد القرعة بين الثلاثة فمن خرج له سهم الحرية عتق ثلثه، وإن خرج للاثنين أقرعنا بينهما، فمن خرج له سهم الحرية عُتِقَ كُلُّهُ ومن الآخر ثلثه.

وهذا على تقدير إثبات الرق والحرية في الرقاع.

وعلى القول الثاني: إما أن يثبت اسمٍ كل واحد في رقعة ويخرج باسم الحرية، فمن خرج اسمه أولاً عتق، ومن خرج اسمه ثانياً عتق ثلثه.

وإن كانوا خمسة قيمتهم متساوية فعلى الأول نجزؤهم اثنين اثنين وواحداً.

وعلى الثاني: لنا إثبات اسمائهم في خمس رقاع.

ثم القولان في الإنجاب[٥] والاستحقاق أم في الاحتياط والاستحباب؟.

حكى الإمام عن القاضي رحمهما الله: أن الخلاف في الاستحباب وكل منهما جائز، وهذا ما اختاره.

وعن الصيدلاني: أنه في الاستحقاق[٦] وهذا ما يوافق إيراد الأكثرين، وهو قضية نظم الكتاب: فإنه حكى القولين في أنه هل يجب تجزأتهم بثلاثة أجزاء؟ ثم قال: وقيل

---

(١) في: ز "كانت".
(٢) في: أ "العبد".
(٣) "القول" ليست في: ب.
(٤) في: ز "الثلاث".
(٥) في: ب "الإستحباب".
(٦) "وهذا ما اختاره، وعن الصيدلاني أنه في الاستحقاق" ليست في: ظ.

وهذا الخلاف في الاستحباب.

وإذا أعتق عبيداً من عبيده[١] على الإبهام فقد يحتاج إلى تجزؤتهم بأربعة أجزاء وخمسة وأكثر فيجزؤن بحسب الحاجة.

وكذلك لو كان على المعتق دين على ما سنذكره على الأثر إن شاء الله تعالى.

(قال [الغزالي]: فروع الأول إذا كان عليه دين بقدر ربع التركة، ولامال له إلا عبيدٌ قد أعتقهم فيجزأ العبيد أربعة أجزاء ويقرع للدين والتركة، فإذا خرج على جزء سهم الدين[٢] يبيع أولاً في الدين، وقدر الباقي كأنه كل المال فيقرع لإعتاق الثلث منه، ولا يجوز أن يقرع دفعة واحدة للدين، والتركة والعتق، لأنه ربما يسبق قرعة العتق، ولا يمكن تنفيذه قبل قضاء الدين.

وقيل: أنه يجوز ثم يتوقف العتق على القضاء، فإذا دفعنا بعض العتق لأجل الدين فظهر للميت دفين تبنيا نفوذ العتق)

[فصل: إذا أعتق السيد في مرض موته عبيداً لا مال له غيرهم ومات وعليه دين]

[قال الرافعي]: إذا أعتق في مرض موته عبيداً لا مال له غيرهم، ومات وعليه دين نظر إن كان الدين يستغرقهم فالدين مقدم على العتق، لأن العتق[٣] وصية، والدين يتقدم على الوصية وأيضاً فحق الورثة في الثلثين مقدم على العتق والدين مقدم على حق الورثة، فأولى أن يتقدم على العتق فيباعون وتصرف أثمانهم إلى الدين[٤]، وإن كان الدين[٥]، لايستغرقهم، ويحيط ببعضهم، فيقرع بين الدين والتركة ليصرف العتق عما يتعين للدين، فإن[٦] كان الدين بقدر نصفهم جعلناهم جزأين وأقرعنا[٧] بينهما بسهم دين، وسهم

---

(١) في: أ، ب "عبيد".
(٢) في: ز "الذي".
(٣) "لأن العتق" ليست في: ب.
(٤) في: ز "الديون".
(٥) "الدين" ليست في: أ، ب.
(٦) في: أ "وإن".
(٧) في: أ "فأقرعنا".

تركة، ثم إن شئنا كتبنا اسم كل جزأ في رقعة وأخرجنا رقعة الدين أو التركة وإن شئنا كتبنا الدين في رقعة والتركة في أخرى وأخرجنا إحداهما على أحد الجزأين، وإن كان الدين بقدر ثلثهم جزأناهم ثلاثة[١] أجزاء وأقرعنا بينهم بسهم دين وسهمي تركة، وإن كان بقدر الربع جزأنا أربعة[٢] أجزاء وأقرعنا بسهم دين وثلاثة أسهم تركة، وهل يجوز أن يقرع للدين، والعتق والتركة؟ بأن يقرع والصورة هذه بسهم دين وسهم عتق وسهمي تركة، أو يجزئهم، والدين بقدر النصف ستة أجزاء، ويقرع بثلاثة أسهم، بينهم للدين وسهم العتق وسهمين للتركة.

فيه وجهان:

أصحهما: وهو المنصوص. لا لأنه لايمكن تنفيذ العتق قبل قضاء الدين.

ولو تلف المعين[٣] للدين قبل قضائه انعكس الدين على الباقي من التركة، وكما لا يقسم[٤] شيء[٥] على الورثة قبل قضاء الدين لايعتق قبله.

والثاني: يجوز، لأن العمل فيه أخف ولا يتنقص[٦] به حق ذي حق.

وعلى هذا فالذي نقله في "الكتاب" أنا نتوقف في تنفيذ العتق إلى أن يقضي الدين. وفي "التهذيب"[٧] ما يقتضي الحكم بالعتق في الحال، فإنه قال: فيما إذا كان[٨] العبيد ثلاثة متساوين في القيمة والدين بقدر قيمة أحدهم.

على هذا الوجه: يقرع بينهم بسهم دين، وسهم عتق، وسهم تركة، فمن خرج عليه سهم الدين بيع فيه، ومن خرج عليه سهم العتق عتق ثلثاه.

---

(١) في: ز "أربعة". وفي: ظ "بثلاثة".
(٢) في: ظ "بأربعة".
(٣) في: أ "المعتق".
(٤) في: ظ "وكما يقسم".
(٥) "شيء" ليست في: ز.
(٦) في: ب "ينقص".
(٧) في: ظ "وفي المهذب".
(٨) في: أ "كانت".

ورقَّ ثلثه مع الثالث.

وذكر الصيدلاني رحمه الله: أن[1] الوجهين مبنيان على قولين سنذكرهما فيما إذا أعتقنا ثلث العبيد بالقرعة، ولا دين ثم ظهر دين غير[2] مستغرق هل يبطل أصل القرعة؟ إن قلنا نعم. فلا يجوز أن يقرع للعتق، ولم يحصل قضاء الدين، وإن قلنا لا فلا بأس بالجمع[3].

وإذا قلنا بالوجه الأصح فإذا تعين[4] بعضهم للدين يباع ويقضى منه الدين، ثم يقرع للعتق، وحق الورثة.

ولو قال الورثة يقضي الدين من موضع آخر ونمضى العتق في الجميع، فهل ينفذ العتق؟ فيه وجهان.

أحدهما: نعم، لأن الدين هو الذي كان يمنع النفوذ، فإذا سقط الدين بقضائهم من غير العبد وجب أن ينفذ كما لو أسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة، وأجازوا العتق في الجميع.

والثاني: لا، لأن تعلق الدين منعٌ من نفوذه فلا ينقلب نافذاً بسقوطه، كما لو أعتق الراهن، وقلنا لاينفذ عتقه فقال: أنا أقضي الدين من غيره لينفذ فإنه لا ينفذ إلا أن يبتدئ إعتاقاً وبنى الوجهان على: أن تصرف الورثة في التركة قبل قضاء الدين هل ينفذ؟ هذه[5] إحدى مسألتي الفصل.

---

(١) "أن" ليست في: أ.

(٢) "غير" ليست في: ظ.

(٣) "بالجمع" ليست في: ظ.

(٤) في: أ "فإن".

(٥) قال النووي في الروضة ١٥١/١٢. "قلت" ينبغي أن يكون الأصح نفوذ العتق. والله أعلم".

[فصل: لو ظهر للميت دفين بعدما أعتقنا بعض العبيد ونحو ذلك]

والثانية: لو ظهر للميت دفين بعدما أعتقنا بعض العبيد الذين أعتقهم بالقرعة وأرقنا البعض، فإن كان بحيث يخرج جميعهم من الثلث بأن كان الدفين مثلي قيمتهم فيحكم بعتقهم جميعاً ويدفع إليهم أكسابهم من يوم إعتاقهم ولا يرجع الوارث بما أنفق عليهم، كمن نكح امرأة نكاحاً فاسداً على ظن أنه صحيح، ثم فرق القاضي بينهما، لا يرجع الزوج بما أنفق، وإن خرج من الثلث بعض من أرققناهم أعتقناه بالقرعة وذلك كما إذا أعتقنا واحداً[1] من[2] ثلاثة. ثم ظهر ما يخرج به عبدٌ آخر من الثلث يقرع[3] بين الدين أرققناهما، فمن خرج له سهم الحرية عتق.

ولو أعتقنا بعض العبيد بالقرعة، و لم يكن عليه دينٌ ظاهر ثم ظهر دين نظر[4] إن كان مستغرقا للتركة فالعتق باطل، فإن قال الورثة نحن نقضي الدين من موضعٍ آخر، فعلى الوجهين السابقين، واستبعد الشيخ رحمه الله بناءهما على الخلاف في تصرف الوارث في التركة قبل قضاء الدين.

وقال هناك الوارث ينشيء إعتاقاً من عنده لا يمضي ماصدر عن المورث، وإنما الخلاف مبني على أن إجارة الورثة للوصية بمازاد على الثلث تنفيذ لما فعله المورثُ أو ابتداء عطية من الورثة. إن قلنا[5] بتنفيذ فلهم إمضاء عتقه بقضاء الدين مو موضع آخر.

وإن قلنا: ابتداء عطية، فينبغي أن يقضوا الدين أولاً ثم يبتدئوا[6] إعتاقاً وإن كان الدين الذي ظهر غير مستغرق، فهل تبطل القرعة من أصلها؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: نعم، لأن الدين مستحق كالعتق، و لم يكن الدين ظاهراً فهو كما لو اقتسمه شريكان، ثم ظهر لهم شريك ثالث.

---

(١) في: ظ "أحداً".

(٢) في: ز "ثم ثلاثة".

(٣) "يقرع" ليست في: أ.

(٤) "نظر" ليست في: ز.

(٥) في: ظ "فإن قلنا إنه".

(٦) في: أ "يبتدأو".

وعلى هذا فيقـرع الآن للديـن والتركـة ولا يبـالي بوقـوع سـهم الديـن علـى مـن خرجت له قرعة العتق أولاً.

وأظهرهما[١]: لا ولكن إن تبرع الوارث بأداء الدين نفذ العتـق، وإلا فـيرد العتـق بقدر الدين، فإن[٢] كان الدين نصف التركة رددنا العتق في نصف من أعتقنـا، وإن كـان قدر ثلثها، رددنا في ثلثهم، فلو كان العبيد ستة متساوين في القيمة، وأعتقنا اثنين[٣] منهم بالقرعة، ثم ظهر دين بقدر قيمة عبدين فنبيع[٤] من الأربعـة عبديـن للديـن كيـف اتفـق، لأنه لا حق لهم في العتق، وإذا وهب[٥] الدين[٦] اثنان بقي أربعة وثلثهم عبد وثلث فيقرع بين اللذين[٧] خرجت لهما[٨] قرعة الحرية بسهم عتق، وسهم رق، فمـن خـرج لـه سـهم الرق، رق ثلثاه، وعتق ثلثه مع الآخر، وإن ظهر الدَّين بقدر قيمة ثلاثة منهم، يقـرع بـين اللذين[٩] كان قد خرج لهما سهم حرية فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق الآخر.

وإن كان العبيد أربعه وأعتقنا بالقرعة عبداً وثلثاً ثم ظهـر ديـن بقـدر قيمـة عبـدٍ، قلنا: بالوجه الثاني: فيباع في الدَّين واحد من الدين أرقِقناهم، ويقرع بين اللذيـن أعتقنـا، فإن خرجت للذي أعتقنا كله كان حـراً، ورق الآخـر، وإن خرجـت للـذي أعتقنـا ثلثـه فثلثه حرٌ ومن الآخر ثلثاه.

وذكـر الصيدلانـي رحمـه الله: أن الخـلاف في المسـألة مبـني علـى أن الورثـة إذا اقتسموا ثم ظهر دين هل تنقص القسمة؟ وإذا اقتسموا مع العلم بالدين فالقسمة باطلة أو موقوفة.

---

(١) انظر: الروضة ١٢/١٥٢.
(٢) "فإن" ليست في: ب.
(٣) "إثنين منهم" ليست في: ج.
(٤) في: ب "فيبتاع".
(٥) في: أ "ذهب بالدين".
(٦) في: ز "للدين".
(٧) في: أ "الدَّين"
(٨) في: أ "لهم".
(٩) في: أ "الدَّين".

(قال [الغزالي] الثاني: إذا أبهم العتق بين جاريتين، فهل يكون الوطء تعييناً للملك في الموطوءة؟. فيه وجهان:

وفي اللمس[١] بالشهوة وجهان مرتبان، والاستخدام لا يُعين على الأصح).

[فصل: إذا أبهم العتق بين جاريتين أو عبدين ونحو ذلك]

[قال الرافعي]: إذا قال الرجل لعبيدٍ له أحدكم حر أو اثنان حران أو أعتقت أحدكم، فإما أن يريد معيناً أو يطلق اللفظ، ولا يقصد معيناً.

الحالة الأولى: إذا أراد معيناً فيؤمر بالبيان ويحبس عليه، فإن قال: أردت هذا، عتق[٢] ولغيره أن يدعي عليه أنك أردتني ويحلفه، فإن نكل السيد، فله أن يحلف ويُعْتَقُ هو أيضاً باليمين المردودة.

ولو عين واحداً وقال: أردت هذا ثم قال: لا بل هذا عتقا مؤاخذة له بإقراره.

ولو قتل واحداً منهم لم يكن ذلك بياناً بل يبقى الأمر بالبيان، فإن[٣] قال: اردت المقتول فعليه القصاص.

ولو جرى ذلك في إماء أو أمتين، ثم وطيء واحدة لم يكن الوطء بياناً للعتق في غير الموطوءة حتى لو بيَّن العتق فيها[٤]، تعلق به[٥] الحد، والمهر لجهلها[٦] بأنها العتيقة.

وإذا مات قبل البيان ففيه طريقان:

أظهرهما: أنَّ وارثه يقوم مقامه، فإنه خليفته[٧]، وربما ذكر ذلك له وأطلعه عليه.

والثاني: أن فيه قولين، كما في الحالة الثانية. فإذا أقمناه مقامه فبين الوارث

---

(١) في: أ "المس".
(٢) "عتق" ليست في: ز.
(٣) في: أ "فلو".
(٤) في: ظ "فيهما" وهو خطأ.
(٥) "به" ليست في: ز.
(٦) في: ظ "لجهلهما".
(٧) في: ظ "خلفه".

أحدهم، عتق، ولغيره تحليفه على نفي العلم، وإن[1] لم يكن وارث، أو قال الوارث: لا أعلم فالظاهر أنه يقرع بينهم، لأنه قد أشكل الحال، والقرعة تعمل في العتق.

وفيه وجهٌ أو قول: أنه لايقرع، لأنه قد تخرج قرعة الرق على الحر، بل يوقف.

وبهذا قال ابن أبي هريرة رحمه الله. ولو قال المعتق: نسيت من عينته، فيؤمر بالتذكر.

قال الإمام رحمه الله: وفي الحبس والحالة هذه احتمال، والذي أطلقه الأصحاب رحمهم الله: أنه يحبس، وإن مات قبل التذكر ففي بيان الورثة[2] والقرعة إذا قالوا: لا نعلم ما مر وهكذا يكون الحكم لو سمي واحداً وأعتقه ثم قال نسيت من سميته.

الحالة الثانية: إذا لم يرد معيناً فهل يؤمر بالتعيين، ويوقف عنهم إلى أن يبين ويلزمه الإنفاق عليهم، فإذا عين أحدهم عُتِقَ، وليس لغيره أن ينازع فيه مع تسليم إن لم يقصد معيناً.

وإذا قال: عينت هذا، لا[3] بل هذا عُتِقَ الأول، ولغَا قوله للثاني، لأن التعيين حصل بالأول بخلاف قوله: عينت هذا، بل هذا، فإنه إخبارٌ ثم العتق[4] في المعين يحصل في الحال أو يتبين حصوله من وقت اللفظ المبهم؟ فيه وجهان سبق نظيرهما في الطلاق[5].

وقد يعبر عن هذا الخلاف، بأن الإبهام يوقع[6] العتق في الحال، وهو[7] التزام عتق في الذمة.

---

(١) في: ج "وإن".

(٢) في: ظ "الوارث".

(٣) "لا" ليست في: أ.

(٤) في: ظ "المعتق".

(٥) انظر: الوجيز ٦٣/٢، والعزيز ٤٥/٩، حيث قال: "... أحدهما: أنه يقع من وقت التلفظ" ... والثاني: من وقت التعيين...".

(٦) في: ظ "يرفع".

(٧) في: أ "أو".

وخرج على الخلاف: أنه لو مات أحدهم فعينه هل يصح؟ إن قلنا بحصول[١] العتق عند التعيين، فلا يصح، لأن الميت لا يقبل العتق، وعلى هذا فلو كان الإبهام في عبدين، فإذا بطل التعيين في الميت تعين الثاني، ولا حاجة إلى لفظ، وإن قلنا بالوقوع عند الإبهام صح تعيينه، والتعيين على هذا بيانٌ أيضاً. ولو جرى ذلك في أمتين أو إماء، فهل يكون الموطؤة تعييناً لغير الموضوءة؟ فيه وجهان كما ذكرنا في الطلاق.

ونقل ابن الصباغ أن التعيين قول أكثر أصحابنا" وهو اختيار المزني[٢] وإذا لم نجعله تعييناً فلو عين العتق في الموطؤة فلا حدّ عليه وبنى في "التهذيب"[٣] حكم المهر على أن العتق يحصل عند التعيين، أو باللفظ الأول؟

إن قلنا بالأول لم يجب، وإن قلنا بالثاني وجب[٤].

وقال أبوحنيفة[٥] رحمه الله: الوطء لايكون تعييناً إلا إذا أحبلها.

والوطء فيما دون الفرج والقبلة واللمس بالشهوة مرتب على الوطء، إن لم يكن تعييناً فهذه أولى، وإن كان تعييناً فوجهان، لأنها أخف من الوطء[٦] والاستخدام مرتب على هذه الاستمتاعات، حكى ذلك عن القاضي الحسين وغيره رحمهم الله والصحيح أنه ليس بتعيين[٧].

قال الإمام: وهذا يوجب طرد الخلاف في أن الاستخدام في زمان الخيار يكون فسخاً أو إجازة؟ والعرض على البيع كالاستخدام.

---

(١) في: ظ "ويحصل".

(٢) انظر: المختصر ص ٣٢١.

(٣) انظر: التهذيب ٣٩١/٨ - ٣٩٢.

(٤) انظر: الوسيط ٤٧٩/٧، والتهذيب ٣٩٢/٨، والروضة ١٥٣/١٢.

(٥) انظر: الهداية ٦٢/٢، وقالا: أبو يوسف ومحمد بالتعيين. "لأن الوطء لا يحل إلا في الملك، وإحداهما حرة، فكان بالوطء مستقياً الملك في الموطوءة فتعينت الأخرى لزواله بالعتق، كما في الطلاق" هذا هو المذهب. والمفتى به. وانظر: فتح القدير ٢٨٩/٤.

(٦) "الوطء" ليست في: ز.

(٧) انظر: التهذيب ٣٩٢/٨، والروضة ١٥٣/١٢.

ولو باع بعضهم أو وهبه، وأقبضه أو اجره قال في "التهذيب"[١] فيها وجها الوطء، لأنها من تصرفات الملاك.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنها تكون تعييناً والإعتاق ليس بتعيين، ثم إن عين فيمن أعتقه قبل، وإن عين في غيره عتقا، وقُتْل السيد أحدهم ليس بتعيين، ثم إن عين في غير المقتول، لم يلزمه إلا الكفارة، وإن عين في المقتول، لم يجب القصاص[٢] للشبهة، وأما المال، فإن قلنا: إن العتق يحصل عند التعيين، فلا يجب عليه، وإن قلنا يحصل عند الإبهام فعليه الدية لورثته.

وإن قتلَ أجنبي أحدهم فلا قصاص، إن كان القاتل حراً ثم إن عين في غير المقتول، فعليه القيمة، وإن عين فيه، وقلنا: إن العتق يحصل عند التعيين فكذلك[٣] كما[٤] لو نذر إعتاق عبدٍ بعينه فقتل[٥]، وإن قلنا: يحصل عند إبهام اللفظ، فعليه الدية لورثة المقتول.

ولو مات قبل التعيين فهل للورثة التعيين؟ فيه قولان، ويقال وجهان:

أحدهما: لا، لأن ذلك يتعلق باختيار المبهم، وقد فات، ولأنه في حكم تكميل اللفظ فليؤخذ من المتلفظ.

وأظهرهما: نعم، لأنه خيار، يتعلق بالمال فيخلف[٦] الوارث الموروث[٧] فيه، كما في خيار البيع والشفعة.

وعن القاضي الحسين بناءً على[٨] الخلاف على أن التعيين إيقاع عتق في الحال أو

---

(١) انظر: ٣٩٢/٨.
(٢) قال في فتح القدير ٢٩٠/٤ "وهل يثبت البيان في الطلاق بالمقدمات في "الزيارات": لا يثبت، وقال الكرخي: يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء.
(٣) "فكذلك" ليست في: أ.
(٤) "كما" ليست في: ظ.
(٥) "فقتل" ليست في: ز.
(٦) في: جميع النسخ "فيحلف". ولعل الصواب "فيخلفُ" حتى يستقيم المعنى.
(٧) في: أ "المورث".
(٨) قوله: "بناء على الخلاف" ليست في: ز.

يستند إلى وقت الإبهام، إن قلنا إيقاع في الحال فيقوم الوارث فيه مقام المورث[1]، كما يعتق عنه بأمره وفي تأدية كفارة. وإن قلنا: ليس إيقاعاً في الحال، فلا.

قال الإمام رحمه الله: وهذا عندنا بالعكس أولى، فإنا إن جعلناه إيقاعاً فهو تتمة اللفظ، ولا يجوز أن ينقسم لفظ في الإيقاع بين[2] شخصين والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الثالث: إذا قال للملوكته[3] أول ولد تلدينه، فهو حر، فولدت ميتاً انحلت اليمين ولم يعتق الحي بعده.

الرابع: إذا قال: لمملوكه[4] أنت ابني عتق عليه ولحقه إلا أن يكون أكبر سناً منه، فلا يعتق، وإن[5] كان مشهور النسب من غيره ففي العتق عليه وجهان).

[فصل فيما لو قال لأمته: أول ولد تلدينه حر فولدت ميتاً ثم حياً]

[قال الرافعي]: إذا قال لأمته أول ولد تلدينه فهو حر، فولدت ميتاً ثم حياً لم يعتق الحي، لأن الشرط قد حصل بولادة الميت، ألا ترى أنه لو قال إذا ولدت فانت حرة تعتق، إلا[6] أن الميت ليس بمحل ليزول العتق[7] وإذا وجدت الصفة تنحل اليمين.

وقال أبوحنيفة رحمه الله: يعتق الثاني وسلم: أنه لو قال أول عبد رأيته من عبيدي فهو حر[8] فرأى واحداً منهم ميتاً تنحل اليمين حتى إذا رأى بعده حياً لا يعتق[9].

وإذا قال لعبده أنت ابني ومثله يجوز أن يكون ابناً له ثبت نسبه، وعُتِقَ إن كان صغيراً أو بالغاً وصدقه، وإن كذبه عتق أيضاً وإن كان هو المصدق في نفي النسب وإن لم

---

(١) في: ظ "المورث".

(٢) في: ز "إلى" وفي: ظ "من".

(٣) في: أ "للملوكه".

(٤) في: ظ "للملوكته".

(٥) في: ظ "ولو".

(٦) في: ظ "لأن".

(٧) في: أ، ب، ظ "النزول للعتق".

(٨) "فهو حر" ليست في: ز.

(٩) انظر: الهداية ٦٢/٢، وفتح القدير ٢٩٢/٤.

يمكن أن يكون ابناً له بأن كان أكبر منه، أو مثله في السن، أو أصغر على حدٍّ لا يتصور أن يكون ابنه لغى قوله، و لم يعتق، لأنه ذكر محالاً.

وقال أبوحنيفة رحمه الله: نحكم بعتقه هذا في مجهول النسب.

وإن كان معروف النسب من غيره، فلا يلحق به، وهل نحكم بعتقه فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأن العتق ثبت بتبعية النسب، وليس هو ممن يستلحق.

وأشبههما: نعم، لأن قوله يتضمن الإقرار بالنسب، والعتق، فإن لم يقبل في النسب لحق الغير، لم يمتنع مؤاخذته بالعتق.

وقوله في الكتاب "إلا أن يكون أكبر سناً منه" الإستثناء غير منحصر في هذه الحالة على ما بيناه.

ولو قال لزوجته أنت ابنتي قال الإمام[١] رحمه الله: الحكم في حصول الفراق وثبوت النسب، كما في العتاق.

قال [الغزالي]: الخامس: إذا قال: إن أعتقت غانماً فسالم حر، ثم أعتق غانماً وكل واحد ثلث ماله عتق غانم، ولا قرعة لأنه ربما يخرج على سالم فيعتق بغير وجود الصفة.

السادس: عبد مشترك بين شخصين[٢] فقال أحدهما إن كان هذا الطائر غراباً فنصيبي حر، وقال الآخر إن لم يكن غراباً[٣] فنصيبي حر فلا يعتق شئ للشك فإن اشتراه ثالث حكم[٤] بحرية نصفه في يده، ولا رجوع له عليهما بالثمن)

---

(١) "الإمام" ليست في: ز.

(٢) "بين شخصين" ليست في: أ، ب.

(٣) "غراباً" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) في: أ "يحكم".

[فصل: فيما إذا قال: إن أعتقت غانما فسالم حر، ثم أعتق غانما وكل واحد ثلث ماله أو قال أحد الشريكين إن كان هذا الطائر غراباً فنصيبي حر، وقال الآخر عكسه]

[قال الرافعي] الفرعان مكرران، أما الأول فمذكور في كتاب "الوصية"[(١)].

وأما الثاني: ففي الكتاب الذي نحن فيه وإن[(٢)] بَعُدَ العهد "بالوصية" فهو بالعتق غير[(٣)] بعيدٍ، والتكرار فيه أبعد عن العذر[(٤)].

(قال [الغزالي]: السابع إذا قال لعبديه أعتقت أحدكما على ألف فقتلا ومات قبل البيان، وقلنا: الوارث لا يقوم مقامه في التعيين، فيقرع بينهما فمن خرجت قرعته عتق، وعليه قيمة رقبته لفساد المسمى بالإبهام.

وقيل: يصح المسمى).

[فصل: فيما إذا قال لعبدين له أعتقت أحدكما على ألف أو أحدكما كما حر على ألف]

[قال الرافعي] إذا قال لعبدين له أعتقت أحدكما على ألفٍ أو أحدكما حر على ألف، فلا يعتق واحد منهما ما لم يقبلا لتعلق العتق بالقبول، كما إذا قال: أحدكما حر إن شئتما لايعتق واحد منهما إلا إذا شاءا فإذا قبلا جميعاً كل واحد منهما بالألف[(٥)] عتق أحدهما، ويؤخذ السيد بالبيان، كما لو أعتق أحدهما بغير عوض، فإن مات قبل البيان، ولم يقم الوارث مقامه في البيان، أو لم يكن وارث أقرع بينهما فمن خرجت قرعته عتق، ولا يعتق مجاناً، لأنه لم يتبرع بإعتاقه، وإنما أعتق على عوض، وفيما يلزم العتيق وجهان:

أصحهما: وبه قال ابن الحداد رحمه الله: أنه يلزمه قيمته لفساد المسمى من جهة أنه لم يعين أحدهما فصار كما إذا قال بعته[(٦)] من أحدكما بألف فقبلا لم يصح، وإنما

---

(١) انظر: الوجيز ٢٧٣/١، والعزيز ٥٩/٧.

(٢) في: أ "ولئن".

(٣) "غير" ليست في: أ. وفي ب "ليس ببعيدٍ".

(٤) "فهو بالعتق ... بعد العذر" ليست في: ظ.

(٥) في: أ، ب، ظ "الألف".

(٦) في: أ "بعته".

حصل العتق لتعلقه بالقبول، وهذا كما أنه لو قال لامرأته إن أعطيتـني عبـداً فـإنت طـالق فأعطته عبداً يقع الطلاق، ولا يملك الزوج ذلك العبد، بل يرده ويرجع عليها بمهر المثل.

والثاني: ويحكى عن أبي زيد: أنه يلزمه المسمى، لأن المقصود العتـق لا المعاوضـة فيحتمل إبهام العوض تبعاً للعتق، ولو قال لأمتيه إحداكما حرة على ألف فقبلتا ثم وطيء إحداهما. قال الشيخ أبو علـي: هـل يكـون الـوطء أختيـاراً للملـك في الموطـؤة، وتعيـين الأخرى للعتق، فيه وجهان. كما لو أعتق إحداهما بلا عوض، ووطيء.

هذا ما ذكره في "الفروع" ويمكن أن يقال: إن لم يقصد إحداهما بعينها فلابد من قبولهما، وإن قصد إحداهما بعينها فيكفي قبول الذي قصده والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الثامن: جاريـة مشـتركة زوجاهـا[١] مـن ابـن أحـد الشـريكين فولدت عُتِقَ نصفه على أحدهما، لأنه جدُّ المولود، ولا يسري إذ لا اختيار.

ولو غّر بجارية أبيه[٢] ففي لزوم قيمة الولد وجهان، لأنه كان يعتـق علـى الجـد لولا ظنهُ).

[فصل: جارية بين شريكين زوَّجاها من ابن أحدهما فأتت بولد]

[قال الرافعي]: فيــه مسـألتان إحداهمـا: جاريـة بـين شـريكين زوجاهـا مـن ابـن أحدهما فأتت منه بولد يعتق نصفه على الجد ولا يسري إلى النصـف الآخـر، لأن شـرط السراية حصول العتق بالاختيار، ولم يوجـد، ولا نظـر إلى أنـه زوج برضـاه، لأن الـوطء والعلوق لايتعلقان باختيار، المعلق، وعلل بعضهم امتناع السراية بـأن نصفـه انعقـد حـراً، والحرية الأصلية لا تسري وإنما يسري العتق الوارد علـى الـرق، ومـن قـال بـالأول: منـع ذلك.

وقال ينعقد الكل رقيقاً ثم يعتـق النصـف علـى الجـد بالقرابـة، وتوسـط صـاحب "الكتاب" بين القولين فقال: عندي يندفع رقه بموجـب العتـق، ولذلـك لـو اشـترى قريبـه يندفع الملك والاندفاع في معنى الانقطاع.

---

(١) في: ظ "زوجها".

(٢) في: أ، ب، ز "ابنه".

[فصل: من نكح جارية غرَّ بحريتها فأتت منه بولد]

الثانية: قد سبق في النكاح: أن من نكح أمة غرَّ بحريتها، فأتت منه بولد ينعقد الولد حراً ويجب على المغرور قيمته لمالك الأمة لفوات الرق عليه بظنِّ المغرور.

هذا[١] هو المذهب الظاهر، وحكى الشيخ أبو علي أنَّ بعض الأصحاب رحمهم الله: ذكر وجهاً أن الولد يخلق رقيقاً ثم يعتق على المغرور، وله ولاؤه، وإنا إذا قلنا: إنه ينعقد حراً فلا قيمة على المغرور، وهو غريب.

قال الشيخ وفي القلب من وجوب القيمة على المغرور شئ: لأنه لم يتلف ملكاً[٢] على مالك الأمة، وإنما منع دخول شئ في ملكه، لكن ليس فيه خلاف يعتد به، وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وجوب الضمان، فلابد من متابعتهم.

إذا عرف ذلك: فلو نكح جارية أبيه مغرورا بحريتها فأتت منه بولد هل يلزمه قيمة الولد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا ، لأنه إن انعقد حراً فينبغي أن لايلزمه شيء وإن انعقد رقيقاً فيعتق[٣] على الجد بالقرابة.

و[٤]أيضاً فإنه لم يفوت بظن الحرية رقاً على الأب منتفعاً به، لأنه كان يعتق على الجد، وإذا لم يؤخذ هذا الظن.

وأصحهما: وبه قال ابن الحداد: يجب، لأن الغرور أوجب انعقاده حراً ولم يملكه الجد حتى يعتق عليه، فأشبه سائر صور الغرور، ولو نكحها عالماً بالحال فيملكه[٥] ويعتق عليه وهذا هو الظاهر.

ولم يستبعد الإمام رحمه الله: أن يقال: إنه ينعقد حراً ونردف هذه الفروع

---

(١) في: أ "وهذا".
(٢) "ملكاً" ليست في: ظ. والموجود "شيئاً".
(٣) في: ظ "فعتق".
(٤) "و" ليست في: ظ.
(٥) "انعقاده حراً ... فيملكه" ليست في: أ، ب.

المتفرقة[١] بفروع تتعلق بالباب.

منها: ذكر ابن الحداد رحمه الله: أنه لو زوج أمته من عبد غيره وقبض مهرها، وأتلفه، ومات ولا مال له غيرها، والزوج لم يدخل بها بعد، فأعتقها الوارث نفذ عتقه.

وقدم الشيخ أبو علي رحمه الله في "شرح الفروع"[٢] فصلين:

[الفصل الأول: إذا أعتق الوارث عبد التركة الموروث مديون]

أحدهما: الفصل الأول: إذا أعتق الوارث عبد[٣] التركة والموروث مديون، نظر إن كان الوارث معسراً فالعتق غير نافذ لما في نفوذه من إبطال حق الغرماء، وقطع[٤] به الشيخ أبو علي.

وعن الشيخ أبي محمد: أن إعتاق كإعتاق الراهن فيجيء في نفوذه قول، وإن كان معسراً. ورأى الإمام رحمه الله الوجه الأول، لأن حق الوثيقة طرأ على ملك الراهن، ودوام الملك له والوارث يتلقى الملك بالخلافة، وهي مشروطة بتقديم حق الميت.

وإن كان موسراً ففيه وجهان:

أحدهما وبه قال ابن الحداد: أنه ينفذ وينتقل الدين إلى مال الوارث، كما لو أعتق السيد عبده الجاني أو أعتق المريض عبده، وله مال يفي بديونه ينفذ العتق ويقضي الديون من سائر أمواله.هذا لفظ الشيخ رحمه الله.

ونقل الإمام عنه أنا إذا نفذنا[٥] العتق نقلنا الدين إلى ذمة الوارث إذا لم يخلف سوى العبد.

قال: وليست أرى الأمر كذلك، فالدين لا يتحول إلى ذمة الوارث قط، لكنه بالإعتاق متلف، للعبد، فعليه، أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد.

---

(١) "المتفرقة" ليست في: أ.
(٢) في: ظ "الفرع".
(٣) في: ظ " عبداً للتركة ".
(٤) في: ظ "قطع" بدون "و".
(٥) في: ظ "أنفذنا".

والثاني: أنه موقوف فإن أدى الوارث الدين من ماله تبين نفوذ العتق، وإلا بيع العبد في الدين وبان أن العتق لم ينفذ. ولو باع الوارث التركة بغير إذن الغرماء لم ينفذ بيعه إن كان معسراً، وإن كان موسراً ففيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن البيع باطل، لأنه كالمرهون، بديون الغرماء.

والثاني: أنه يصح ويلزم وسيأتي تفريعه إن شاء الله تعالى.

والثالث: أنه موقوف كما ذكرنا في العتق. وللإمام رحمه الله ههنا أبحاث.

أحدها: و[1]يحكى عن الشيخ أبي محمد رحمه الله تنزيل التركة منزلة العبد الجاني، وقد سبق في بيع السيد العبد الجاني إطلاق قولين من غير فرق بين المعسر والموسر، فيجيء قول ههنا في بيع الوارث، وإن كان معسراً ثم فرق بين التركة، وبين العبد الجاني بما فرق به بينها وبين المرهون.

والثاني: ذكر الشيخ تفريعاً على صحة البيع: أن الثمن يصرف إلى الغرماء، وأن المشتري لو دفع الثمن إلى الوارث فتلف في يده كان للغرماء تغريم المشتري.

قال الإمام: والوجه عندي القطع بأنهم لايطالبون المشتري، وإنا إذا ألزمنا البيع كان بمثابة الإعتاق الذي لا عوض له، وبتقدير أن يكون الثمن مستحقاً للغرماء، فما ينبغي أن يفرق بين المعسر والموسر.

والثالث: قال إلزام البيع بعيدٌ، فإن بيع العبد الجاني، وإن صححناه لا يلزم مع أن تعلق الأرش به أضعف على ماذكرنا، فبيع الوارث أولى بأن لايلزم.

والرابع: في بيع المفلس المحجور عليه قول: أنه ينعقد على التوقف[2] فيجوز إجراؤه مع الوارث المعسر.

واعلم أن جميع ماذكرناه مفرعٌ على أن الدين لا يمنع الميراث؛

---

(١) "و" ليست في: ب، ز، ظ.

(٢) في: ظ "المتوقف".

أما إذا قلنا يمنعه، والتركة[١] مقررة[٢] على ملك الميت فلا يصح تصرف الوارث بحال، وإن ذكرنا في كتاب "الرهن" وجها: أن إعتاقه لا ينفذ[٣] بحال كالبيع، ووجهين في أن تعلق الدين بالتركة كتعلق الدين بالمرهون، أو كتعلق الأرش بالجاني، وأن الأظهر الأول، وحينئذٍ فيكون الأظهر في الإعتاق النفوذ كما في إعتاق الراهن الموسر، وفي البيع المنع.

[الفصل الثاني: نفوذ العتق من الوارث المعسر والموسر]

والفصل الثاني: ذكرنا في "النكاح" أن الأمة إذا أعتقت تحت عبد كان لها الخيار، فإن فسخت قبل الدخول سقط جميع المهر، وعلى السيد رده إن كان قد قبضه.

إذا تقرر ذلك فينفذ العتق في الحال في فرع ابن الحداد، ثم إن كان الوارث معسراً فلا خيار لها لأنه لو ثبت لها الخيار ففسخت وجب رد مهرها ولصار[٤] ذلك ديناً على الميت، وذلك يمنع نفوذ العتق من الوارث المعسر، وإن لم يعتق[٥]، فلا خيار لها ففي إثبات الخيار بقية والمسألة من الدائرات. وقد ذكرنا طرفاً منها في "النكاح".

وإن كان موسراً فإن قلنا ينفذ عتقه، فلها الفسخ، وإذا فسخت صار مهرها دينا فيطالب به[٦] المعتق أن كانت قيمتها مثل مهر المثل أو أكثر لتفويته التركة، وإن كان مهر المثل[٧] أكثر لم يطالب إلا بقدر قيمتها، لأنه لم يفوت إلا ذلك القدر، وإن قلنا[٨] يتوقف نفوذ العتق على آداء الدين فلا عتق ولا خيار، حتى يرد الصداق إلى سيد العبد.

هكذا ذكره الشيخ أبوعلي، وفيه إشكال، لأنه لا يثبت لسيد العبد دين ما لم يفسخ فكيف يقضي الدين قبل ثبوته؟

---

(١) في: ظ "فالتركة".

(٢) في: ب "مقرة".

(٣) "بحال وإن ذكرنا ... لا ينفذ" ليست في: ظ.

(٤) في: ز "وصار".

(٥) "لو ثبت لها الخيار ... وإن لم يعتق" ليست في: ظ.

(٦) في: أ "بها".

(٧) "دينا فيطالب به ... وإن كان مهر المثل" ليست في: ظ.

(٨) في: أ "وإن كان".

ومنها: مات رجل عن ابن حائز والتركة ثلاثة أعبد قيمتهم متساوية، فقال الابن: أعتق أبي في مرض موته هذا، وأشار إلى أحدهم، ثم قال: "بل أعتق هذا، وهذا، يعني الأول، وآخر معاً، ثم قال: بل أعتق الثلاثة معاً.

قال ابن الحداد: الأول حرٌ بكل حال، لإقراره الأول، ويقرع بينه وبين الثاني لإقراره الثاني، فإن قضيته أن الثاني يستحق أن يقرع بينه وبين الأول، ويعتق إن خرجت القرعة له ويقرع بين الثلاثة مرة أخرى لإقراره الثالث[١] فإن قضيته أن يقرع بين الثلاثة ويعتق من خرجت قرعته فيؤخذ[٢] بموجب كل إقرار ولا يمكن من الرجوع عن[٣] مقتضى واحد منها[٤].

وإذا أقرعنا المرتين، فإن خرج سهم العتق للأول في المرتين لم يعتق غيره، وإن خرج للثاني في المرتين أو للأول في الأول، وللثاني في الثانية أو بالعكس عتقا دون الثالث، وإن خرج للأول في الأولى وللثالث في الثانية عتقا دون الثاني، وإن خرج للثاني في الأولى، وللثالث في الثانية عتقوا جميعاً.

قال الشيخ أبوعلي: وإن كانت قيمتهم مختلفة كما إذا كانت قيمة الأول مائة وقيمة الثاني المضموم إليه مائتين وقيمة الثالث ثلاثمائة فالأول حر[٥] بكل حال لإقراره الأول وهو دون الثلث[٦]، وإذا أقرعنا بينه وبين الأول[٧] وخرج سهم العتق للأول عتق وعتق من الثاني نصفه، وإن خرج للثاني عتق كله، لأن موجب إقراره الثاني أن يعتق الثاني بكماله أو الأول، ونصف الثاني، وإذا أقرعنا بين الثلاثة لإقراره الثالث، فإن خرج سهم العتق للثالث عتق ثلثاه وثلثاه ثلث ماله، وإن خرج للثاني لم يعتق الثالث سواء خرجت القرعة الأولى على الثاني أو لم تخرج، لأنه ثلث ماله، وإن خرج للأول فهو

---

(١) "فإن قضيته أن الثاني ... الثالث" ليست في: ز.

(٢) في: ظ "فيؤاخذ".

(٣) في: أ "من".

(٤) في: أ، ب "منهما".

(٥) "حر" ليست في: ز.

(٦) في: ظ "الثالث".

(٧) في: أ "الثاني".

نصف الثلث فتعاد القرعة لإكمال الثلث بين[1] الثاني، والثالث، فإن خرج على الثاني رُقَّ الثالث ولا يعتق من الثاني إلا ما عتق بالقرعة الأولى، وهو جميعه أو نصفه، فإن خرج على الثالث عتق ثلثه، لأن ثلثه مع الأول ثلث جميع المال.

والمفهوم من كلام الشيخ رحمه الله: أنه إذا خرج سهم العتق في القرعة الثانية بين الثلاثة للثاني لا يعتق منه إلا ما عتق من قبل. وكذلك[2] حكاه الإمام رحمه الله عنه، واعتُرِض عليه[3] بأن الثاني استحق بالإقرار، الثاني أن يقرع بينه وبين الأول، وبالإقرار الثالث أن يقرع بينه وبين الأولين، فإن لم تكمل له الحرية في القرعة الأولى لخروج سهم العتق للأول وجب أن يكمل في القرعة الثانية إذا خرج سهم العتق له، لأنه قضية الإقرار[4] الثالث.

وكذلك[5] عند استواء القيم إذا لم يعتق بالقرعة الأولى يعتق بالثانية.

إذا خرج السهم له، فإن عكست التصوير وقلت[6]: قيمة الأول ثلاثمائة، وقيمة الثاني مائتان وقيمة الثالث مائة فالجواب: أنه يعتق من الأول ثلثاه ثم يقرع بينه وبين الثاني، فإن خرج سهم العتق للأول لم يرد شيء، وإن خرج للثاني عتق بكماله[7] ثم يقرع بين الثلاثة، فإن خرج للأول أو الثاني لم يرد شيء على ماعتق، وإن خرج للثالث عتق بكماله، وقد عتق من قبل ما إذا ضم[8] إليه، تَمّ[9] الثلث بل زاد.

ومنها: مات عن ثلاث[10] بنين وله ثلاثة أعبد قيمتهم متساوية فأقرّ أحد البنين بأن أباه أعتق في مرض موته هذا العبد، وأقر آخر أنه أعتقه، وهذا الآخر معاً، وأقر

---

(١) في: ز "من" وهو خطأ.
(٢) في: أ "ولذلك".
(٣) "عليه" ليست في: ز.
(٤) في: ظ "الإقرار".
(٥) في: أ، ب، ظ "ولذلك".
(٦) في: أ "وقلنا" وهو خطأ.
(٧) "لم يرد شيء ... عتق بكماله" ليست في: ظ.
(٨) في: أ "انضم".
(٩) "ثم" هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب ما أثبتناه.
(١٠) في: ب "ثلاثة".

الثالث: أنه أعتق الثلاثة معاً فيعتق ثلث الأول، لأن أحد البنين أقر بعتقه، فيقبل إقراره في حصته، وهي الثلث، ثم يقرع بينه، وبين العبد المضموم إليه، لإقرار الثاني، فإن خرج سهم العتق للأول عتق منه ثلث آخر، لأن قضية إقرار الثاني عتق جميعه إذا خرجت القرعة له فيقبل قوله[1] في حصته، وإن خرج للثاني عتق ثلثه[2] لهذا المعنى، ثم يقرع بين الثلاثة، فمن خرج له سهم العتق عتق كله، وإذا اختصرت قلت: إن خرج سهم العتق في المرتين للأول عتق جميعه، وإن خرج في المرتين للثاني عتق ثلثاه، مع ثلث الأول وإن خرج مرة للأول[3] وأخرى للثاني عتق ثلثا الأول وثلث الثاني، وإن خرج مرة للثاني ومرة للثالث عتق من كل عبد ثلثه، وإذا حكمنا بعتق البعض من أحد العبيد فلا سراية، لأنهم لم يباشروا الإعتاق، ولا أقروا به على أنفسهم، وإنما أقروا به على الأب، ومن أعتقنا بعضه بإقرار أحد البنين لو وقع بالقسمة في نصيب ذلك المقر أو صار له بوجه آخر حكمنا عليه بعتقه لإقراره بأنه حر كله.

ولو كانت قيم العبيد مختلفة كما إذا كانت قيمة الأول مائة وقيمة الثاني مائتين، وقيمة الثالث ثلاثمائة فيعتق من الأول ثلثه، لأن الأول أقر بأن الأب أعتقه لكنه لايملك منه إلا الثلث، فيقبل إقراره في حصته، ثم يقرع بينه وبين الثاني، لإقرار الثاني، فإن خرج سهم العتق للثاني عتق ثلثه، لأن كله حر بزعم الثاني إذا خرج سهم العتق له، فإنه ثلث المال، فيقبل إقراره في حصته.

وإن خرج للأول عتق منه ثلث آخر، ومن الثاني سدسه، لأن قضية إقراره أن يعتق جميع الأول عند خروج القرعة له وأن يعتق من الثاني نصفه ليكمل الثلث فيؤاخذ بإقراره في حصته من كل الأول، ونصف الثاني ثم يقرع بين الثلاثة لإقرار الثالث، فإن خرج سهم العتق للثالث عتق منه تسعاه، لأن قضية إقراره إذا خرجت القرعة له أن يعتق ثلثاه، فإن ثلثيه ثلث جميع المال فيؤاخذ بإقراره في حصته، وهي ثلث الثلثين، وذلك تسعا الجملة.

---

(١) "قوله" ليست في: ظ.

(٢) "ثلثه" ليست في: أ.

(٣) "مرة للأول وأخرى ... وإن خرج" ليست في: ظ.

وإن خرج للثاني عتق منه ثلثـه، لأن قضية إقراره عتق جميعه، فإنه ثلث المال فيؤاخذ به في حصته، وإن خرج للأول عتق منه ثلثه[١] لمثل هذا المعنى لكنه لابد من إكمال الثلث فتعاد القرعة مرة أخرى ليعتق حصته من تمام الثلث، فإن خرج سهم العتق للثاني عتق منه سدسه، لأن نصفه مع الأول تمام الثلث وحصته منه السدس، وإن خرج للثالث عتق منه تسعة، لأن ثلثه مع الأول تمام الثلث[٢] وحصته منه التسع.

ومنها: شهد شاهدان على ميت أنه أوصى بعتق عبده فلان وهو ثلث ماله فقال[٣] الوارث: إنه[٤] أوصى بعتق آخر وهو ثلث أيضاً، فإن لم يكذب الوارث الشاهدين واقتصر على أنه أوصى بعتق هذا، أعتق الأول بموجب البينة، وأقرع بينه وبين الثاني لإقرار الوارث، فإن خرجت القرعة للأول، لم يعتق الثاني، وإن خرجت للثاني عتق ولم يرق الأول، لأنه مستحق العتق بالبينة، فلا يتمكن الوارث من إبطاله بالإقرار وقد تعمل القرعة في أحد الطرفين دون الثاني على ماتقدم.

وإن أقر الوارث بأنه أعتق الثاني، وكذّب الشهود في الأول عتقا جميعاً الأول بالشهادة والثاني بالإقرار.

وإن شهد أجنبيان بأنه أوصى بإعتاق عبد هو ثلث، ماله وشهد وارثان بأنه أوصى بإعتاق آخر، فإن كذب الوارثان الأجنبيين عتقاً جميعاً الأول بشهادة الأجنبيين، والثاني بإقرار الوارثين أنه أوصى بإعتاق هذا دون الأول، وهو ثلث المال، فإن لم يكذباهما أقرع بينهما، لأن إعتاق الأول ثبت بشهادة الأجنبيين، وإعتاق الثاني: بالوارثين، فصار كما لو شهد اثنان بأنه[٥] أعتقهما معاً.

ومنها: ثلاثة أخوة في أيديهم أمة وولدها وهو مجهول النسب فقال أحدهم هذه أم ولدي وهو ولدي منها، وقال الثاني هي أم ولد أبينا، والولد أخونا، وقال الثالث: هي

---

(١) من قوله "لأن قضية إقراره ... وإن خرج للأول عتق منه ثلثه" ليست في: ز، ظ.

(٢) وحصته منه السدس ... تمام الثلث" ليست في: ظ.

(٣) في: ج، ظ "وقال"

(٤) في: أ "له".

(٥) في: أ "بأنهما". وفي: ظ "أنه".

أمتي والولد عبدي، فالكلام في أحكام: أحدها: في نسب الولد، ولا يثبت نسبه من أبيهم، لأنه لم يتفق الورثة عليه، وأما نسبه من الذي يستلحقه، فإن قلنا إن من استلحق عبداً مجهول النسب لحقه فيثبت نسبه منه، لأن غايته أن يكون ملكاً لمن يدعي ملكه، وذلك[١] لايمنع ثبوت النسب، وإن قلنا لايلحقه فوجهان:

أظهرهما: أن الجواب كذلك، لأن يد مدعي الملك ثابتةً على بعضه، وأنها بدل على الملك والملك يمنع اللحوق.

والثاني: يلحقه، لأن الرق لم يَعُمَّهُ، فإن الباقي حر بقول الآخرين، والنسب لا يتبعض، وهو إلى الثبوت أقرب.

قال الإمام رحمه الله: وهذا القائل يقول: لو كان بعض الشخص رقيقاً وبعضه حراً واستلحق مستلحق نسبه لحقه، وهذا ليس بشيء.

والثاني الذي يقول: هي أم ولد أبينا لا يدعي لنفسه شيئاً على الآخرين، فلا يلحقهما نعم لو ادعت الجارية ما يقوله، وقالت: عتقت بموت أبيكم فيحلف الآخرين على أنهما[٢] لايعلمان أن الأب أولدها، وأما الآخران فيدعي كل واحد منهما ما في يد صاحبه هذا يقول: هي مستولدتي، وهذا يقول: ملكي فيحلف كل واحد منهما الآخر على نفي مايدعيه في الثلث الذي في يده.

والثالث: الذي يقول هي أم ولد أبينا لاغرم له، لأنه لا يدعي لنفسه شيئاً، ولا عليه لإنه أقر بالإيلاد على أبيه، لا على نفسه.

والثاني[٣] الذي يدعي الاستيلاد يلزمه الغرم للذي يدعي الملك[٤] لاعترافه بأنه فوت عليه نصيبه من الأمة ومن الولد بالإيلاد هكذا عللوه.

---

(١) في: ز "والملك".
(٢) في: أ "أنها" خطأ.
(٣) "والثاني" ليست في: ز، ط.
(٤) في: أ "يدعي الملك فيها".

وقضية[١] الفرض فيما إذا سلم[٢] أنه كان لمدعي الرق فيها نصيب بالإرث وغيره، وإلا فلا يلزم من دعواه أن الجارية مستولدته كون الجارية مشتركة من قبل، وكم يلزمه من الغرم؟ فيه وجهان بناءً على أن الجارية في يد من هي؟ وفيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يد عليها للذي يقول: إنها مستولدة أبينا لأنها حرة بزعمه بموت الأب فتصير الجارية في يد الآخرين نصفين.

وأظهرهما: أنها في أيدي الثلاثة حكماً كما أنها في أيديهم حساً.

فعلى الأول عليه لمدعي الرق نصف قيمة الجارية، وقيمة الولد، وعلى الأظهر عليه ثلث قيمتهما، وبه أجاب ابن الحداد رحمه الله.

والرابع: الولد حر يقول من يدعي أنها مستولدة الأب، ومن يدعى أنها مستولدته.

قال الشيخ أبوعلي رحمه الله: ويعتق عليه نصيب مدعي الرق لأنا لما أخذنا منه[٣] القيمة جعلناه له، ونصيبه من الجارية، هكذا ينبغي أن نكون ومنها:

ومنهما: قال لعبدين له: أحدكما حر ثم غاب أحدهما وحضر مكانه عبد ثالث، فقال له وللذي لم يغب أحدكما حر، ومات قبل البيان فيقال: وقعت هذه المسألة "بنيسابور" فأجاب الأستاذ أبوإسحق رحمه الله فيها: بأنه يقرع بين العبدين الأولين لإعتاق الأول، فإن خرج سهم العتق للذي غاب عتق[٤] وتعاد القرعة بين الآخرين[٥] لإعتاق[٦] الثاني، فمن خرجت له القرعة عتق أيضاً، وإن خرجت القرعة أولاً للذي لم يغب عتق، ولا تعاد القرعة، لأن تعيين القرعة كتعيين المالك.

---

(١) في: أ "ونصيبه".
(٢) في أ "أسلم".
(٣) في: أ "من".
(٤) "عتق" ليست في: ظ.
(٥) في: ظ "الآخر".
(٦) في: أ، ظ "للاعتاق".

ولو عين المالك الذي لم يغب للعتق ثم قال له وللذي حضر آخراً أحدكما حر، لكان صادقاً في قوله، ولم يقض ذلك عتق الآخر، واستشهد لذلك بما إذا قال لزوجته، وأجنبية "إحداكما طالق" لكن في هذه الصورة خلاف مذكور في "الطلاق[1]". وكذلك الحكم فيما إذا قال لعبده ولحر أحدكما حر.

وأجاب الأستاذ أبوالحسن[2] الماسرخسي رحمه الله في المسألة: بأن القرعة إذا خرجت للذي لم يغب تعاد القرعة بينهما ثانياً، لأنه يحتمل أن يريد بقوله الثاني الذي حضر آخراً، فإن خرجت القرعة الثانية للذي لم يغب أيضاً لم يعتق غيره.

وإن خرجت للآخر عتق أيضاً، وقد تؤثر القرعة في أحد الطرفين دون الآخر وإلي هذا مال الإمام، ورجح الشيخ أبوعلي رحمهما الله الأول.

ومنها: إذا كان في ملكه أربع إماء فقال كلما وطئت واحدة منكن فواحدة منكن حرة ثم وطء واحدة منهن فتعتق[3] واحدة منهن، وهل تدخل الموطوءة في العتق المبهم؟ يبني[4]على الوجهين السابقين في أن الوطء هل يكون تعييناً للملك في الموطوءة وللعتق في غيرها؟ إن قلنا لا دخلت، ويقرع بين الأربع[5] وإن قلنا نعم. وعليه فرَّع ابن الحداد رحمه الله. فأول الوطء لا يتضمن التعيين، لأن العتق معلق به وما لم يوجد لايثبت استحقاق العتق، فلو نزعَ [كما غيب][6] الحشفة دخلت الموطوءة في العتق المبهم، وإن استدام فهل تتضمن الاستدامة التعيين، وإخراج الموطوءة عن استحقاق العتق؟ فيه وجهان.

أحدهما نعم، لأن الاستدامة تدل على أنه ينبغي استبقاء الملك فيه.

وبهذا قال الشيخ أبوزيد رحمه الله فعلى هذا يقرع بين الثلاث البواقي.

---

(١) انظر: الوجيز ٦٣/٢ حيث قال ".. ثم قال أردت الأجنبية قبل في أحد الوجهين" والعزيز ٧٩/٩ وما بعدها.

(٢) في: ظ "ابوالحسين".

(٣) في: أ "فعتق".

(٤) في: أ "شيء".

(٥) "إن قلنا: لا دخلت ويقرع بين الأربع" ليست في: ظ.

(٦) "كما غيب" هكذا في جميع النسخ، والكلام لا يستقيم معه ولعل الصواب كما هو في العزيز ٣٧٨/١٣ "بمجرد تغيب" وبه يستقيم المعنى.

وأظهرهما: وبه قال ابن الحداد رحمه الله لا، لأن الموجود وطء وبه يثبت استحقاق[١] العتق، فإنتهاؤه كالابتداء[٢] ولذلك[٣] لايستحق بالاستدامة عتق آخر.

وعلى هذا فيقرع بين الأربع فمن خرجت لها القرعة عتقت، وهذا كما أنه لو قال لأمته "إن وطئتك، فأنت حرة" فإن وطئها ونزع في الحال لم يلزمه المهر، وإن استدام فهل نجعل الاستدامة كابتداء الوطء بعد العتق حتى يتعلق بها المهر؟ فيه وجهان ومثله الخلاف في أنه[٤] إذا قال لامرأته "إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً" فوطئها واستدام. هل يلزمه المهر؟.

ولو وطء ثلاثاً منهن مع الاستدامة فقضية كل وطء وطأ عتق أمة، لأن كلمة[٥] كلما تقتضي التكرار[٦]، فإن جعلنا الوطء تعييناً والاستدامة متضمنة للتعيين أيضاً فتعتق الأولى، والثانية، والرابعة بلا قرعة، وترق الثالثة[٧].

ووجهه: أنه لما وطء الأولى، فكما غيب الحشفة ثبت حق العتق لواحدة، فإذا استدام، خرجت عن أن تكون هي المستحقة لتعيينها للملك، والثانية والثالثة تعينتا بالوطء للملك أيضا فتتعين الرابعة للعتق، وإذا وطء الثانية، ثبت حق العتق[٨] لها أو للأولى أو / للثالثة. ٦٣٦/ز

أما الرابعة: فقد عتقت بالوطء الأول، فإذا استدام، خرجت هي[٩] عن

---

(١) في: ظ "الإستحقاق".
(٢) في: ظ "فابتداؤه كالإنتهاء".
(٣) في: أ "ولهذا".
(٤) في: ظ "فيما اذا".
(٥) "كلمة" ليست في: ظ. وفي: ب "كلما، كلما".
(٦) في: ظ "التكرير".
(٧) في: ب، ظ "الثانية".
(٨) من "الواحدة فإذا ... ثبت حق العتق" ليست في: ب.
(٩) "هي" ليست في: ظ، و "عن" ليست في: أ.

الاستحقاق، وخرجت الثالثة[١] أيضاً بوطئها فتعينت الأولى للعتق، وإذا وطئ الثالثة لم يبق إلا هي، والثانية، واستدامة الوطء فيها إمساك لها فتعين العتق في الثانية .

وإن جعلنا الوطء بعد الإبهام تعييناً، و لم نجعل الاستدامة تعييناً فيقرع بين الأولى، والرابعة، لأنه أمسك الثانية، والثالثة للملك بوطئها[٢] والرابعة لم يطأها واستدامة وطء الأولى ليس بإمساك فترددالعتق[٣] المستحق بينهما فإن خرجت القرعة للرابعة عتقت، وبوطء الثانية تستحق[٤] عتق آخر، لكن لاحظ فيه للرابعة لأنها عتقت بالوطء الأول، ولا للثانية[٥]، لأنه أمسكها بالوطء فإذا هو متردد بين الأولى والثانية فيقرع بينهما فمن خرجت لها القرعة عتقت وبوطء الثالثة تستحق عتق آخر، ولاحظ فيه[٦] للرابعة، ولا لمن عتقت من الأولى، والثانية، فإن عتقت الأولى أقرعنا بين الثانية والثالثة، وإن[٧] عتقت الثانية أقرعنا بين الأولى والثالثة[٨]، وإن خرجت القرعة للأولى دون الرابعة عتقت، وبوطء الثانية يتردد العتق المستحق بينهما وبين الرابعة، فإن[٩] الأولى قد عتقت، والثالثة تعينت بالوطء للإمساك فيقرع بينهما، فمن خرجت لها القرعة عتقت، وبوطء الثالثة تستحق عتق آخر ولا حظ فيه للأولى، ولا لمن عتقت من الثانية والرابعة، فإن عتقت الثانية، أقرعنا بين الثالثة والرابعة، وإن عتقت الرابعة، أقرعنا بين الثانية، والثالثة، وإن قلنا الوطء ليس بتعيين أصلا فيقرع ثلاث مرات لاستحقاق العتق لثلاث منهن، يقرع لوطء[١٠] الأولى بين الأربع بسهم عتق، وثلاثة أسهم رق، فإن خرجت للرابعة عتقت، ولا مهر لها فإنه لم يطأها، وإن خرجت للأولى عتقت. وهل تستحق المهر؟ يبنى على أن

---

(١) في: أ "الثانية".
(٢) في: ب "بوطئهما".
(٣) في: أ "والعتق".
(٤) "تستحق" ليست في: ظ.
(٥) في: أ "ولا للثانية".
(٦) قوله: "لأنها عتقت ... ولاحظ فيه" ليست في: ب.
(٧) في: ظ "فإن".
(٨) في: ز "بين الرابعة والأولى والثالثة".
(٩) في: أ "بأن".
(١٠) في: أ " الوطء" خطأ.

استدامة الوطء هل توجب المهر؟ وإن خرجت للثانية، أو للثالثة عتقت، ولها المهر لأنه تبين أنها عتقت بوطء الأولى فيكون ابتداء وطئها بعد حصول عتقها، ثم يقرع لوطء[١] الثانية بين الثلاث البواقي بسهم عتق، وسهمي رق، فإن خرجت للرابعة فلا شيء لها، وإن خرجت للثانية، ففي استحقاقها المهر الوجهان.

وإن خرجت للثالثة استحقت، وإن خرجت قرعة الحرية في المرة الأولى للثانية أقرعنا لوطء الثانية بين الأولى، والثالثة والرابعة، فإن خرج سهم العتق للأولى فلا مهر لها بلا خلاف، لأن عتقها حصل بوطء الثانية فيكون وطئها واقعاً قبل العتق، وإن[٢] خرج للرابعة فكذلك[٣]، لأنه لم يطأها، وإن خرج للثالثة[٤] فلها المهر، لأنه[٥] تبين أنها عتقت قبل وطئها ثم يقرع لوطء الثالثة بين الاثنين الباقيين بسهم عتق، وسهم رق، فإن بقيت الثالثة والرابعة وخرجت القرعة للرابعة، فلا مهر، وإن خرجت للثالثة[٦]، فهل لها المهر؟ فيه الوجهان. وإن[٧] بقيت الأولى، والثانية فلا مهر، لمن[٨] خرجت لها القرعة منهما لتقدم[٩] وطئها على عتقها.

وفيه وجه آخر: أنه يقرع بين الأربع دفعة واحدة بثلاثة أسهم عتق وسهم رق فيعتق منهن ثلاث ويرق واحدة، وهذا صحيح لمعرفة العتق والرق، ولكن لايعرف به حكم المهر، وموضع الخلاف والوفاق[١٠]. نعم. إن قلنا: إن الاستدامة توجب المهر، فتكفي القرعة على هذا الوجه، ومن عتقت بوطئها استحقت المهر.

---

(١) في: ظ "بوطئ".
(٢) في: أ "فإن".
(٣) في: ظ "كذلك".
(٤) في: ظ "الثانية".
(٥) في: أ "لأنها" خطأ.
(٦) في: ظ "الثانية".
(٧) في: أ "فإن".
(٨) في: ظ "إن".
(٩) في: ظ "قدم".
(١٠) في: ظ "الوفاق والخلاف".

ولو وطء الأربع عتقن جميعاً ويحتاج المهر[1] ثلاث مرات يقرع بين الأربع مرة بسهم عتق وثلاثة أسهم رق ثم مرة بين ثلاث منهن بسهم عتق، وسهمي رق ثم بين الاثنتين الباقيتين بسهم عتق وسهم رق واستيعاب، الاحتمالات يطول.

والضابط أن ينظر في كل قرعة فمن بان أنها عتقت قبل وطئها فلها المهر، ومن بان أنها عتقت بعد وطئها فلا مهر، ومن بان أنها عتقت بوطئها فهل لها المهر؟ فيه الوجهان. في أن الاستدامة هل توجب المهر؟ هذا كله فيما إذا قال: "كلما" وطئت واحدة منكن فواحدة منكن حرة".

أما إذا قال: "فواحدة من صواحبها حرة ووطأهن جميعاً"، فإن قلنا: إن الوطء تعيين للملك في الموطوءة عتقت الرابعة بوطء الأولى، والأولى بوطء الثانية[2] والثانية بوطء الثالثة ورُقّت الثالثة[3].

وإن قلنا: إنه ليس بتعيين، عتقت منهن ثلاث ورقت واحدة فيقرع بين الثانية والثالثة والرابعة لوطء الأولى، فإن خرجت القرعة للثانية عتقت ثم يقرع لوطء الثانية بين الأولى والثالثة والرابعة، فإن خرجت للأولى أو للرابعة عتقت.

وإذا وطء الثالثة عتقت الثانية من الثلث وهي الأولى والرابعة، ولا حاجة إلى القرعة، وإن خرجت القرعة[4] الثانية للثالثة عتقت، فإذا وطء الثالثة أقرع بين الأولى والرابعة، فمن خرجت لها القرعة عتقت.

وأما المهر فلا مهر للتي عتقت بعد الوطء، ويجب المهر للتي تبين عتقها قبل الوطء، وفي هذه الصورة لا تعتق الموطوءة بوطئها بحال.

واعلم أن الإقراع في جميع هذه الصور فيما إذا مات قبل البيان، وأما في حال حياته فيؤمر بالبيان.

---

(١) "المهر" ليست في: أ.

(٢) في: أ "والثالثة" - خطأ -.

(٣) "ورقت الثالثة" ليست في: أ.

(٤) "القرعة" ليست في: أ.

ومنها: له أربع إماء وعبيد فقال كلما وطئت واحدة من إمائي فعبد من عبيدي حر، وكلما وطئت اثنتين فعبدان حران، وكلما وطئت ثلاثاً فثلاثة من عبيدي" أحرار، وكلما وطئت أربعا فأربعة أحرارٌ[١] فوطيء الأربع، فهو كما لو قال، وله أربع زوجات: كلما طلقت واحدة فعبد من عبيدي حر إلى آخر التصوير وقد تقدم في "الطلاق"[٢].

والظاهر بأنه يعتق خمسة عشر عبداً.

ومنها: اشترى في مرض موته عبداً بأكثر من قيمته، والمحاباة[٣] بقدر الثلث، كما إذا كان له ثلاثمائة واشترى عبداً يساوي مائة بمائتين، ثم أعتق ذلك العبد.

قال ابن الحداد رحمه الله: إن لم يوفر الثمن نفذ العتق، وبطلت المحاباة، لأن المحاباة كالهبة، فإذا لم يقترن بها القبض حتى جاء ما[٤] هو أقوى منها بطلت، ويمضي البيع بثمن المثل، وعلى البائع أن يقنع به[٥].

وإن وفر الثمن نفذت المحاباة ورد العتق، لأن المحاباة استغرقت الثلث.

قال الأصحاب رحمهم الله: وهذا غلطٌ من حيث أنه فرَّق في المحاباة بين أن تكون مقبوضة أو لا تكون، ولا فرق، لأن المحاباة تعلقت بالمعاوضة، والمعاوضات تلزم بنفس العقد، ولهذا لو حابى بي المريض و لم يقترن القبض بمحاباته، ثم أراد إبطالهم لم يتمكن منه، ولو كانت كالهبة [لتمكن][٦] من إبطالها قبل القبض في الصحة، والمرض، وإذا لم يفرق الحال بين أن تكون مقبوضة أو لا تكون، فالجواب نفوذ المحاباة، ورد العتق، لتقدم المحاباة على العتق.

---

(١) "أحرارٌ" ليست في: أ، ب، ظ.

(٢) انظر: الوجيز ٦٣/٢، والعزيز ٧٩/٩ وما بعدها.

(٣) "المحاباة" المسامحة مأخوذ من "حويته" إذا أعطيته- ذكره في المصباح ١٢٠/١.

(٤) في: أ "جاءه من".

(٥) "به" ليست في: ظ.

(٦) "لتمكن" هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب "للتمكن" حتى يستقيم المعنى.

قالوا: والقول بأنه يلزم البائع أن يقنع بقدر قيمة العبد غلطٌ أيضاً، فإنه لم يرض بزوال ملكه إلا بالزيادة، بل ينبغي أن يقال: إنَّه بالخيار، وبين أن يمضي البيع بقدر القيمة وينفذ العتق، وبين أن يفسخه ويبطل العتق.

ومنها: جارية بين شريكين حامل من زوج، أو زناً، أعتق أحدهما نصيبه، من الحمل، وهو موسر ثم وضعت الحمل لوقت يعلم وجوده يوم الإعتاق، بأن وضعت لما دون ستة أشهر، فهو حر بالمباشرة والسراية، وعلى المعتق قيمة نصيب الشريك يوم الولادة، ولا مجال للتقويم قبل الولادة، وإن ألقته ميتاً من غير جناية جان، فلا شئ على المعتق، لأنا لا ندري هل كان حياً؟ وهل عتق حتى يقال: أتلف على الشريك ملكه؟ وإن انفصل ميتاً بجناية، فعلى عاقلة الجاني غرة[1] تصرف إلى ورثة الجنين، لأنه محكوم له بالعتق، وعلى المعتق، نصف عشر قيمة الأم للشريك، فإن الجنين[2] الرقيق يضمن بالعشر.

هكذا أطلق ابن الحداد.

وعن القفال رحمه الله: أنه إنما يلزم نصف عشر قيمة الأم على المعتق إذا كان لا يزيد ذلك عن نصف قيمة الغرة، فإن زاد لم يلزم إلا نصف قيمة[3] الغرة، لأن سبب وجوب الضمان على المعتق الغرة،

ألا ترى أنه لو انفصل من غير جناية، لم يجب شيء، فكما يعتبر وجوب أصل الغرة يعتبر مقدارها.

ورأى الشيخ أبو علي رحمه الله: الأخذ بالإطلاق. وقال: ينبغي أن لا ينظر إلى قدر الغرة ويلزم نصف العشر بالغاً مابلغ، لأن انفصاله مضموناً كانفصاله حياً، ويدل عليه أن الغرة تصرف إلى الوارث النسيب، وقد لا يستحق المعتق[4] منها شيئاً، وذلك

---

(١) "الغُرَّةُ" قال في المصباح ٢/٤٤٥. و "الغُرَّه" عبداً أو أمة.

(٢) في: ز "الأم للجنين، فإن الشريك الرقيق" خطأ.

(٣) "قيمة" ليست في: ز.

(٤) في: ظ "العتق".

يلزم[١] الغرم، وإنما كان يجب رعاية المناسبة بين الغرمين أنْ لو كان الواجب بالجناية[٢] للمعتق.

قال الشيخ: وهذا كله جوابٌ على أن السراية تحصل بنفس الإعتاق، فإن قلنا: تحصل عند أداء القيمة، فإذا وضعت الحمل، وقُوِّمَ ووصل نصف القيمة إلى الشريك، فحينئذٍ يعتق الباقي[٣]، وإن ألقته ميتاً[٤] بجناية جان، فنصفه حر.

وهل يقوَّم الباقي على[٥] المعتق؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه، ومات العبد قبل وصول القيمة إلى الشريك، فإن قلنا: يسقط التقويم على الشريك فنصفه حر، ونصفه رقيق، فعلى عاقلة الجاني نصف غرة، وإلي من تصرف؟ فيه الخلاف المذكور، في أن من بعضه رقيق هل يورث عنه، ويجب للنصف المملوك نصف عشر[٦] قيمة الأم، وتكون[٧] من مال الجاني أو على عاقلته؟ فيه الخلاف في أن بدل الرقيق هل يضرب على العاقلة؟

ومنها: خلف ثلاثة أعبد قيمة كل واحد منهم مائة، ولا مال له غيرهم، فشهد اثنان أنه أعتق في مرضه هذين، وأشار إلى اثنين من الثلاثة، وأشار الوارث إلى أحدهما فقال: أما هذا فقد أعتقه، وأما الآخر فلم يعتقه، فلا يقبل قول الوارث في إبطال حق الآخر من العتق، ولكن يقرع بينهما، فإن خرج سهم العتق للذي عينه الوارث فقد يوافق مقتضى الإقرار، والشهادة، فإن مقتضى الشهادة القرعة، فيعتق الذي خرجت له القرعة، ويرق الآخر، وإن خرج سهم العتق للآخر، عتق بمقتضى الشهادة، ويعتق من عينه الوارث بإقراره. فإن[٨] لم يكذب الوارث الشاهدين، وقال: أعتق مورثي هذا، ولا أعلم

---

(١) في: ز "يلزمه".

(٢) في: ظ "الجناية".

(٣) في: ظ "الثاني".

(٤) "ميتاً" ليست في: أ.

(٥) "على" ليست في: أ.

(٦) في: أ "عشرة" وفي ب: "غرة".

(٧) في: ب "فيكون".

(٨) في: أ "فإن".

حال الآخر، فيقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق دون الآخر.

ولو شهد الشاهدان أنه أعتق الثلاثة دفعة واحدة[١] وأشار الوارث إلى اثنين منهما[٢]، وقال: إنه أعتقهما، و لم يعتق الثالث.

قال ابن الحداد: يقرع بين الثلاثة، فإن خرج سهم العتق للذي أنكر الوارث إعتاقه عُتق وتعاد القرعة لإقرار الوارث بين الآخرين، فمن خرجت له القرعة عتق بالإقرار، وإن خرجت القرعة[٣] أولاً لأحد اللذين أقر بإعتاقهما عتق، ورق الآخران.

وعن بعض الأصحاب رحمهم الله: أنه إذا خرجت القرعة[٤] لأحدهما فتعاد[٥] القرعة بينه وبين الآخر، لأن مقتضى الإقرار، أن يقرع بينهما من غير ضم الثالث إليهما، وخروج القرعة حينئذ[٦] على أحدهما يكون أقرب منه إذا ضم إليهما[٧] الثالث، فيقرع بين الثلاثة، لأنه مقتضى البينة، ويقرع بين الاثنين للإقرار، ولا يعتبر في القرعتين ترتيب.

وإذا أعدنا القرعة بينهما بعدما عتق أحدهما بالقرعة بين الثلاثة، فإن خرجت القرعة للذي عتق، لم يعتق غيره، وقد يوافق موجب القرعتين، وإن خرجت للآخر عتقا. وهذه المسائل كلُّها من "المولدات".

ومن الفروع: إذا شهد شاهدان على أنه قال: أحد هذين العبدين حر تقبل هذه الشهادة ويحكم بمقتضاها.

وكذا لو شهد شاهدان على أنه قال: إحدى امرأتي طالق وساعدنا أبو حنيفة[٨] رحمه الله في "الطلاق" دون "العتاق" وسلم أنهما لو شهدا بعد موته بأنه أوصى بعتق

---

(١) "واحدة" ليست في: ب، ز.

(٢) في: ز "منها".

(٣) من "وإن خرجت القرعة ... الأصحاب أنه .." ليست في: ظ.

(٤) "القرعة" ليست في: ز.

(٥) في: أ "تعاد".

(٦) "حينئذ" ليست في: ظ.

(٧) في: ظ "إليها".

(٨) انظر: الهداية ٦٣/٢، وفتح القدير ٢٨٩/٤.

أحدهما يسمع[١].

قال لعبده: أنت حر كيف شئت عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يعتق في الحال، ولا يتوقف على مشيئة.

وعن صاحبيه[٢] رحمهما الله: أنه لايعتق حتى يشاء[٣].

قال ابن الصباغ رحمه الله: وهو الأشبه إذا ولدت المزني بها ولداً وملكه الزاني لم يعتق عليه.

وقال ابوحنيفة رحمه الله يعتق إذا أوصى بعتق عبد يخرج من الثلث، فعلى الوارث إعتاقه، فإن امتنع أعتقه السلطان، لأنه حق توجه عليه، فإذا امتنع ناب عنه السلطان.

إذا كان عبدهُ مقيداً فحلف بعتقه أن في قيده عشرة أرطال، وحلف بعتقه أنه لا يحله هو ولا غيره، فشهد عند القاضي شاهدان أن في[٤] قيده خمسة أرطال، وحكم القاضي بعتقه ثم حلّ القيد فوجد فيه عشرة أرطال.

قال أبوحنيفة[٥] رحمه الله: يجب على الشاهدين قيمتة بناء على أن حكم الحاكم ينفذ باطناً.

وإن كان بشهادة الزور فكأن الحكم وقع بشهادتهما.

وقال صاحباه: لايجب عليهما شئ.

قال ابن الصباغ وهو الصحيح، لأن العتق حصل بحل القيد، دون الشهادة لتحقق كذبهما.

وعن ابن الحداد: إذا شهد شاهدان على أنه أعتق في مرضه هذا العبد، أو أوصى بعتقه، وحكم القاضي بشهادتهما وشهد آخران على أنه أعتق عبداً آخر، وكل واحد

---

(١) من قوله: "وسَلَّمَ أنهما ... يسمع" ليست في: ب.

(٢) في: أ، ب، ظ "صاحبه".

(٣) انظر: فتح القدير ٢٣٧/٤.

(٤) "في" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) انظر: الهداية ١٢٣/٣، وفتح القدير ٥٣٦/٦ و ٥٣٧.

منهما ثلث ماله ثم رجع[١] الأولان فلا يرد القضاء بعد نفوذه، ويقرع بينهما، فإن خرجت القرعة للعبد الأول، عتق، وعلى الشاهدين الغرم بالرجوع، ويرق الثاني[٢] وحينئذ، فتحصل للورثة التركة بتمامها، وإن خرجت[٣] للثاني عتق ورق الأول، ولا شيء على الراجعين، لأن القرعة لم تفض إلى عتق من شهدا بعتقه.

واعترض ابن الصباغ فقال: ينبغي أن يعتق الثاني بكل حال ويقرع بينهما لمعرفة حال الأول، فإن خرجت القرعة له عتق أيضا وغرم الراجعان وا لله أعلم.

(١) في: أ "تراجع".
(٢) في: ظ "الباقي".
(٣) في: ظ خرج.

(قال [الغزالي] الخاصية الخامسة: الولاء والنظر في سببه وحكمه: أما السبب فهو زوال الملك بالحرية، فمن زال ملكه بالحرية عن رقيق فهو مولاه سواء نجز أو علق أو دبر أو استولد أو كاتب أو أعتق العبد بعوض أو باعه من نفسه.

وحقيقة الولاء أنه لحمة كلحمة النسب، فإن المعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه، كما أن الأب سببٌ لولده، ولذلك[1] تحرم الصدقة في[2] وجه على موالي بني هاشم.

ولو أوصى لبني فلان دخل مواليهم في وجه.

وكذلك لو شرط نفي الولاء أو ثبوته[3] لغير المعتق لغا ولا يثبت الولاء بالموالاة والعهد).

[فصل الخاصية الخامسة في الولاء[4]]

[قال الرافعي] قال في "الصحاح" يقال[5]: بينهما ولآء بالفتح أي قرابة.

والولاء ولاء المعتق والولاء الموالون يقال هم ولاء فلان، والموالاة ضد المعاداة.

وفي الباب نظران أحدهما: في سبب الولاء وهو زوال الملك عن الرقيق بالحرية، وقد يقال: هو عتق مملوك الإنسان عليه، فمن أعتق عبداً بالتنجيز، أو بالتعليق ووجود الصفة ثبت له الولاء عليه[6].

---

(١) في: ظ "وكذلك".

(٢) في: أ، ب "على".

(٣) في: أ "موته".

(٤) الولاء: لغة من آثار العتق، مأخوذ من الولي بمعنى القرابة. يقال: بينهما ولاء: أي قرابة حكمية حاصلة من العتق، والولاء نوعان:

الأول: ولاء عتاقه ويسمى ولاء نعمة، وسبب هذا الولاء الإعتاق.

الثاني: ولاء الموالاة. وسببه العقد الذي يجري بين اثنين.

انظر: معجم مقاييس اللغة ١٤١/٦، ولسان العرب ٤٢/١٥، مادة "ولي" والمصباح المنير ٦٧٣/٢.

(٥) انظر ٢٥٣٠/٦

(٦) في: ز "عليه الولاء".

قال ﷺ "الولاء لمن أعتق"[(١)].

وكذا[(٢)] لو دبر عبده أو استولد جاريته فعتقا بموته، أو كاتب، وعتق المكاتب بأداء النجوم أو بالإبراء أو التمس من مالك العبد[(٣)] أن يعتق عبده عنه بعوض[(٤)] أو بغير عوض فأجابه، فإن العتق وقع[(٥)] عن الملتمس، أو أعتق[(٦)] نصيبه من العبد المشترك، فسرى أو ملك قريبه فعتق عليه.

ولو باع العبد من نفسه فسيأتي القول فيه في "الكتابة" والصحيح صحته، وحينئذ فولاؤه للسيد، كما لو أعتقه على مال[(٧)]. وفيه وجه أنه لا ولاء عليه، لأن البيع يزيل الولاء عنه ولا يثبت للعبد الولاء على نفسه.

وقد ذكر هذا الوجه في "الكتاب" هناك[(٨)] واقتصر ههنا على إيراد الأظهر.

ولا فرق بين أن يتفق الدين، أو يختلف حتى لو أعتق المسلم عبداً كافراً والكافر مسلماً يثبت الولاء، وإن لم يتوارثا كما تثبت علقة النكاح والنسب بين الكافر والمسلم، وإن لم يتوارثا[(٩)].

---

(١) الحديث متفق عليه من حديث عائشة.
أخرجه البخاري في صحيحه ١٢١/٣. من كتاب العتق - باب بيع الولاء وهبته، بلفظ: "فإن الولاء لمن أعطى الورق...".
وكذلك في ١١/٨، من كتاب الفرائض - باب مايرث النساء من الولاء.
وأخرجه مسلم في صحيحه ١٤٥/١٠، من كتاب العتق، باب بيان أن الولاء لمن أعتق. وانظر: تلخيص الحبير ٢١٣/٤.

(٢) في: ظ "وكذلك".

(٣) "العبد" ليست في: ز.

(٤) في: ز "بعوض عنه".

(٥) في: ز "يقع".

(٦) في: أ "عتق".

(٧) انظر: الحاوي ٩٠/٢٢، والوسيط ٤٨٣/٧، والتهذيب ٣٩٨/٨، والغاية القصوى ١٠٤٤/٢، والروضة ١٧٠/١٢، ونهاية المحتاج ٣٧٠/٨.

(٨) أي في كتاب "الكتابة". انظر الوجير ٢٨٤/٢، حيث قال: "ولو باع العبد من نفسه صح له الولاء".

(٩) من قوله: "كما تثبت علقة ... وإن لم يتوارثا" ليست في: ز ، ظ.

وعن مالك رحمه الله: أنه لا يثبت الولاء[١] مع إختلاف الدين[٢] والولاء من خاصية الاعتاق.

وبه يُشعر قوله ﷺ "إنما الولاء لمن أعتق"[٣]. فمن أسلم على يديه مشرك فلا ولاء له عليه، ومن أعتق عبد غيره[٤] بغير إذنه، وقع العتق عنه، وكان الولاء له دون المعتق عنه خلافاً لمالك[٥] رحمه الله.

ثم الولاء لحمة كلحمة النسب على ماروي عن ابن عمر رضي الله عنهما "أن النبي ﷺ قال: الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب"[٦] والمعنى قرابة وامتشاج[٧] كامتشاج النسب، وقد تفتح اللام من اللحمة.

---

(١) في: أ "له الولاء".

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٣٠٠.

(٣) الحديث متفق عليه وقد سبق تخريجه ص١٠٦٢.

(٤) في: أ، ز ، ظ "عن".

(٥) انظر: مختصر خليل ص ٣٠٠.

(٦) حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - رواه الشافعي في مسنده ٧٣/٢ - كتاب العتق، باب في المكاتب والولاء، عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف، عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر بهذا اللفظ.
وأخرجه البيهقي ٢٩٢/١٠، كتاب الولاء، باب من أعتق مملوكاً له، وقال البيهقي عقب الحديث: قال أبوبكر بن زياد النيسابوري: هذا الحديث خطأ، لأن الثقات لم يروه هكذا، وإنما رواه الحسن مرسلاً.
وأخرجه الحاكم ٣٧٩/٤، كتاب الفرائض، ثم قال: "هذا حديث صحيح الاسنا" وأخرجه محمد بن الحسن الشيباني، كما في "تلخيص الحبير ٢١٣/٤.
قال الألباني في الإرواء ١١٠/٦. وإسناده هذا المرسل صحيح وهو مما يقوي الموصول الذي قبله على ما يقتضيه بحثهم في المرسل من علوم الحديث، فإن طريق الموصول غير طريق المرسل ليس فيه راوٍ واحدٍ مما في المرسل، فلا أرى وجهاً لتخطئته بالمرسل بل الوجه أن يقوي أحدهما بالآخر...".

(٧) في: ب "وأمشاج كأمشاج". "وأمشاج" جمع "مشج" أو "مشيج" وهي الأخلاط والمراد نطفة الرجل ونطفة المرأة واختلاطهما" ذكر الشوكاني في كتابه فتح القدير ٣٤٥/٥ وأنظر: أضواء البيان ٦٤٨/٨ والمعنى هنا: أخلاط كأخلاط النسب.

وقوله: "لا يباع ولا يوهب" يعني أن نفس الولاء لا ينتقل من شخص إلى شخص بعوض، وبغير عوض، كما أن القرابة لا تنتقل ويروي "النهي عن بيع الولاء وهبته"(١) وكذلك لا يورث الولاء ولكن(٢) يورث به كما أن النسب لايورث، ويورث به، ومما يدل عليه: أنه لو كان الولاء موروثاً لاشترك في استحقاقه الرجال والنساء كسائر الحقوق، وأنه لو مات المعتق المسلم على ابنين مسلم ونصراني فأسلم النصراني، ثم مات العتيق(٣) فإنهما يستويات في الإرث.

ولو كان الولاء موروثاً لاختص به الابن المسلم، ولما شاركه النصراني بإسلامه الطارئ وأنه لو مات المعتق عن ابنين ثم مات أحدهما عن ابن ثم مات العتيق فميراثه لابن المعتق دون ابن الابن على ما سيأتي.

ولو كان الولاء موروثاً لانتقل نصيب الابن إلى ابنه.

وقوله في "الكتاب" فإن المعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه" المقصود منه تحقيق المشابهة بين امتشاج النسب، وامتشاج الولاء والمعنى: أنه كما أن الأب سبب لوجود الأولاد، فالمعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه وذلك لأن الرقيق كالمفقود لنفسه، والموجود لسيده، ألا ترى أنه لا يستقل ولا يملك ولا يتصرف لنفسه، وإنما يملك ويتصرف لسيده فإذا أعتقه فقد جعله موجوداً لنفسه، وإلي هذا أشار النبي ﷺ بقوله "لن يجزي ولد والده الحديث(٤)، فإنه إذا سعى في إعتاق ابنه فقد كافأه على حق الأبوة إذ صار سبباً لوجوده الحكمي، كما كان(٥) الأب سبباً لوجوده الحقيقي، ويوضحه قوله ﷺ "مولي القوم

---

(١) متفق عليه. من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. أخرجه البخاري ١٢٠/٣، كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته. ومسلم ١٤٨/١٠، كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته. وانظر: تلخيص الحبير ٢١٣/٤.

(٢) "لكن" ليست في: ز.

(٣) في: أ "المعتق".

(٤) "إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتق" الحديث سبق تخريجه.ص٩٩٣.

(٥) في: ز "أنَّ".

منهم"[١] ويؤيد[٢] التشبيه بين النسب والولاء بمسائل.

إحداها: أن الزكاة تحرم على موالي بني هاشم، وبني المطلب على وجه أو قول، كما تحرم عليهم وقد ذكرناه[٣] في قسم "الصدقات"[٤] وبينا أنه الأصح.

وليحمل لفظ الصدقة في "الكتاب" على الزكاة.

وقد مر أن الأصح أن صدقة التطوع لا تحرم على بني هاشم وبني المطلب[٥].

والثانية: لو أوصى لبني فلان فقد[٦] ذكر بعض الأصحاب رحمهم الله أن مواليهم يدخلون في الوصية دون المنتسبين إلى فلان، والأقرب إلى اللفظ خلافه.

والثالثة: لو أعتق لبني فلان عبداً على أن لا ولاء له[٧] أو أعتقه على أن يكون سائبة لغا الشرط وثبت الولاء لقوله ﷺ "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل قضاء الله حق، وشرطه أوثق إنما الولاء لمن أعتق"[٨] ولو شرط أن يكون ولاؤه للمسلمين، أو لفلان فهو لغو أيضاً ولا ينتقل الولاء عنه، كما لا ينتقل النسب. وعن مالك[٩] رحمه الله: أنه يكون ولاؤه للمسلمين .

وسُلِّم أنه لايكون لفلان إلا إذا أعتق عنه على ماتقدم.

والرابعة: لايثبت الولاء بالموالاة والعهد كما لايثبت النسب بالموالاة، لأن هذا ثمرة الأنعام بالاعتاق، كما أن[١٠] ذلك ثمرة البعضيه.

---

(١) الحديث: صحيح أخرجه البخاري ١١/٨، كتاب الفرائض، باب مولى القوم من أنفسهم وابن الأخت منهم بلفظ "مولى القوم من أنفسهم" وانظر تلخيص الحبير ٢١٤/٤.

(٢) في: أ "ويؤيده".

(٣) في: ز "ذكرنا".

(٤) انظر: الوجيز ٢٩٦/١، والعزيز ٤١٩/٧.

(٥) انظر: الوجيز ٢٩٦/١، والعزيز ٤١٩/٧.

(٦) "فقد" ليست في: ب، ز، ظ.

(٧) في: ز "له عليه".

(٨) الحديث متفق عليه من حديث عائشة في قصة بريرة. وقد سبق ص١٠٦٢.

(٩) انظر: مختصر خليل ص ٣٠٠.

(١٠) في: أ "أن ثمرة".

وقال أبوحنيفة رحمه الله يصح عقد الموالاة بين اللذين لا يعرف نسبهما ولا ولاء عليهما ويتعلق به التوارث، ويحمل العقل ولهما فسخه مالم يتحمل أحدهما عن الآخر، فإن تحمل لزم، ولا فسخ بعده. وأعلم قوله في الكتاب لغا بالميم وقوله لايثبت الولاء بالموالاة والعهد بالحاء لما بيناه[1] والله أعلم.

(قال [الغزالي] وكذلك يسترسل الولاء على أولاد المعتق وأحفاده ومعتقه[2]. ومعتق معتقه فالمولى[3] إما المعتق أو معتق الأب أو معتق الأم أو معتق المعتق. ويسترسل الولاء على أولاد المعتق إلا أن يكون فيهم من مسه الرق فلا ولاء عليه أصلاً إلا لمعتقه أو عصبات معتقه، لأن المباشرة أقوى، وكذلك إن كان فيهم من أبوه حر أصلي ما مس الرق[4] أباه، وأما إذا[5] كانت أمه حرة أصليه يثبت الولاء عليه نظرا إلى جانب الأب، ومنهم من سوى في إثبات الولاء، ومنهم من سوى في النفي)

[فصل: في استرسال الولاد على أولاء المعتق وأحفاده ونحو ذلك]

[قال الرافعي] هذه اللفظه[6] يجوز أن تقرأ باللام احتجاجا به على المشابهة بين النسب و[7]الولاء والمعنى أن القرابة بين الأصول تتعدى[8] إلى الفروع والأولاد، فكذلك يسترسل الولاء بتوسط المعتق[9] على أولاده، وأحفاده، ويجوز أن تقرأ وكذلك بالكاف، ويكون ذلك[10] معطوفاً على قوله في الفصل السابق "فمن زال ملكه بالحرية عن رقيق، فهو مولاه" والمقصود أنه كما يثبت الولاء على المعتق بمباشرة إعتاقه أو بعتقه في ملكه

---

(١) انظر: الهداية ٢٧١/٣.
(٢) مكرر- "ومعتقه" ليست في ز.
(٣) في: ظ "بالمولى".
(٤) في: ز "أباه الرق".
(٥) في: ز "إن".
(٦) مكرر- يريد بهذه اللقطة قوله في المتن "كذلك يسترسل" أي ولذلك.
(٧) في: أ "في".
(٨) في: ظ "وتتعدى".
(٩) في: ظ "العتق".
(١٠) في: ز معطوفاً ذلك".

يثبت على أولاده وأحفاده[١]، لأن النعمة على الأصل نعمة على الفرع.

ولذلك[٢] يثبت على معتقه ومعتق معتقه، لما ذكرنا أن للولاء امتشاجاً كامتشاج[٣] النسب، ويُعرف من هذا إذا عكس أن الولاء كما يثبت للمعتق، يثبت لمعتق الأب، وسائر الأصول، ولمعتق المعتق، وكما يثبت الولاء على ولد المعتق، يثبت على ولد المعتقة أيضاً، وبل أولى، لأن الولادة حسية، والانتساب إلى الأب حكمي، ويستثنى عن استرسال الولاء على أولاد المعتق وأحفاده موضعان[٤].

أحدهما: إذا كان فيهم من مسه الرق، والعتق، فولاؤه لمعتقه فإن لم يكن فلعصبات معتقه، فإن لم يكونوا[٥] فالميراث لبيت المال، ولا ولاء عليه لمعتق الأصول بحال، فإنه أعتق مباشرة[٦] وولاء المباشرة أقوى[٧]

وصورته: أن تلد رقيقة رقيقاً من رقيق أو حر، فأعتق[٨] الولد، وأعتق أبوه[٩] وأمه أيضاً.

والثاني: من أبوه حراً أصلي لا ولاء عليه، وأمه معتقة هل يثبت الولاء عليه لموالي الأم؟ فيه ثلاثة أوجه.

أصحها: وبه قال مالك، لا، لأن الانتساب[١٠] إلى الأب والأب حر مستقل لا ولاء عليه فليكن[١١] الولد[١٢] مثله، وأيضاً فإن ابتداء حرية الأب تبطل دوام الولاء،

---

(١) في: أ "ومعتقيهم".
(٢) في: أ "وكذلك".
(٣) في: ب "امتشاجاً كامشاج".
(٤) في: أ "وضعان".
(٥) في: ز "يكوناً".
(٦) في: أ "بمباشرة".
(٧) في: ز "أولى".
(٨) في: أ "واعتق".
(٩) في: أ، ب أبواه.
(١٠) انظر: مختصر خليل ص ٣٠٠.
(١١) في: ز "فيكون".
(١٢) من قوله "هل يثبت ... فليكن الولد" ليست في: أ.

لموالي الأم فاستدامة الحرية أولى أن تمنع ثبوت الولاء لهم.

والثاني: يثبت، لأن الأم معتقه وقد تعذر إثبات الولاء عليه من جانب الأب، فأشبه ما[١] إذا كان الأب رقيقاً.

والثالث: وبه قال أبوحنيفة رحمه الله: الفرق بين أن تكون حرية الأب مستيقنة بأن كان عربياً معلوم النسب، فلا يثبت الولاء لموالي الأم وبين أن يكون الحكم بالحرية بناء[٢] على ظاهر الدار، أو أن الأصل في الناس الحرية فيثبت لضعف حرية الأب.

ولو كان الأب معتقاً، والأم حرة أصلية، فظاهر[٣] المذهب ثبوت الولاء عليه لموالي الأب، لأن الانتساب إلى الأب وهو معتق، ولهذا يثبت الولاء على ولد المعتقة[٤]. ٦١٤/ز

وعن رواية الشيخ أبي محمد رحمه الله وجه ضعيف: أنه لا ولاء عليه تغليباً للحرية الأصلية من أحد الطرفين.

وعلى هذا فإنما يسترسل الولاء على الأحفاد الذين ليس في أحد طرفيهم حر أصلي.

وقوله في الكتاب "ثانياً ويسترسل الولاء على أولاد المعتق" هو الذي اشتمل عليه قوله "أولاً ويسترسل الولاء على أولاد المعتق وأحفاده" وإنما أعاده لتعقبه[٥] باستثناء ما يحتاج إلى استثنائه.

وذكر ظاهر المذهب فيمن أحد أبويه حر أصلي" وهو أنه لا ولاء على من أبوه حر أصلي ما مس الرق أباه، يعني: وأمه معتقة، وأنه يثبت الولاء على من أمه حرة أصلية، وأبوه معتق، ثم أشار إلى [وجه ثبوت الولاء في الصورة الأولى: بقوله "ومنهم من

---

(١) في: أ "فصار كما لو".

(٢) "بناء" ليست في: ز.

(٣) وانظر: الوسيط ٤٨٤/٧، والتهذيب ٤٠٣/٨، والروضة ١٧١/١٢، ومغني المحتاج ٥٠٧/٤.

(٤) هنا وجدنا سقطاً من نسخة "ز" وبعد التدقيق وجدنا ذلك قد تقدم بـ ص ٦١٤ فرجعنا إليه. والله أعلم.

(٥) في: ب "لتعديه". وفي: ظ "لتعينه".

سوى في إثبات الولاء" ثم إلى [١] الوجه الضعيف فيما إذا كانت الأم حـرة أصلية بقوله "ومنهم من سوى في النفي" ويجوز أن يعلم قوله "وكـذا[٢] إن كـان فيهـم مـن أبـوه حـر أصلي" لمصيره إلى التفصيل المذكور.

وأن يعلم قوله: "في إثبات الولاء بالميم.

فرع: من أمه حرة أصلية، وأبوه رقيق لا ولاء عليه لاحدٍ مـادام الأب رقيقـاً فـإن أعتق فهل يثبت الـولاء عليـه لمـولى الأب؟ قـال الشـيخ أبوعلـي رحمـه الله: فيـه جوابـان سمعتهما من شيخي في وقتين وهما محتملان[٣].

أحدهما: أنه[٤] يثبت، لأنه ثبـت الـولاء علـى الأب بالإعتـاق، وإنمـا لم يثبـت في الابتداء لرق الأب.

والثاني: المنع، لأنه لم يثبت في الأبتداء، فلا يثبـت بعـده، كمـا لـو كـان الأبـوان حرين.

(قال [الغزالي]: وأما التقديم فـلا ولاء مـع مباشـرة العتـق لغـيره، فـإن لم يكـن مباشراً[٥] بأن حصل في نكاح الغرور من رقيقين، أو من معتقين، فـالولاء لمعتـق الأب، فإن[٦] كان الأب رقيقاً بعد، فلمعتق الأم إلى[٧] أن يعتق الأب، فينجزُ إليـه، ويسـتقر عليه، وإن[٨] كان رقيقاً، فأعتق أبو الأب، انجر الولاء إليه ثم ينجر منه إلى معتق الأب إن أعتق.

---

(١) من قوله "وجه ثبوت ... الولاء ثم إلى" ليست في: ظ.

(٢) في: ظ "وكان إذا".

(٣) في: أ "محملان".

(٤) "انه" ليست في: ب، ظ.

(٥) في: أ "مباشرة".

(٦) في: ظ "وإن".

(٧) في: ظ "إلا".

(٨) في: ظ "ولو".

وقيل: لا ينجر، لأن الأب رقيق، فلا ينجر إلى أبيه[(١)]، والمولود من[(٢)] حرين إذا[(٣)] كان أجداده أرقاءٍ يثبت الولاء عليه بعتق أم الأم إذا أعتقها، ثم منه ينجر إلى معتق أب الأم، ثم منه إلى معتق أم الأب، ثم منه إلى معتق أبي الأب ويستقر عليه).

[فصل: في بيان الترتيب أو التقديم والتأخير]

[قال الرافعي] بان في الفصل السابق: أن الولاء على الشخص يثبت بمباشرة إعتاقه أو عتقه في ملك الإنسان يثبت أيضاً متعدياً من إعتاق بعض أصوله.

والغرض الآن بيان الترتيب فجهة مباشرة العتق مقدمة على جهة تعدي الولاء من الأصول.

واعلم أن قولنا "يقدم أحد الشخصين على الآخر" نريد به في الغالب أنهما إذا اجتمعا كان الأول أولى من الثاني، فإن[(٤)] لم يوجد الأول، قام الثاني مقامه، كما نقول: الابن يقدم على ابن الابن، في العصوبة، والأب يقدم على الجد في الولاية وليس المقصود الآن هذا، بل مهما مس الشخص رق، ولحقه إعتاق، فلا ولاء عليه لمعتق أمه وأبيه ولا واحد من أصوله على ماتبين[(٥)] في الفصل السابق.

وقوله في الكتاب: "فلا ولاء عليه مع مباشرة العتق لغيره" ليس معناه: أنه لا ولاء لغيره مع وجوده فحسب، بل سواء وجد في الحال، أو لم يوجد فالمباشر إعتاقه لا ولاء عليه لمعتقي أصوله، وذلك لأن نعمة من أعتقه عليه أعظم من نعمة من أعتق بعض أصوله، فيخصص بالولاء، فإن لم يوجد فالولاء لعصباته، وأما إذا خلق الشخص حراً وأبوه عتيق، يثبت[(٦)] الولاء عليه لمعتق أبيه، وهذا قد يصور في الأبوين الرقيقين، بأن يُعز الرقيق بحرية أمةٍ فينكحها، ويولدها على ظن الحرية، فإن الولد يكون حراً، وفي وطء

---

(١) في: أ "ولا ... إلى ابنه". وفي: ز "فلا ينجر إليه".
(٢) في: أ، ب "بين".
(٣) في: أ "إن".
(٤) في: ب، ز "فإذا".
(٥) في: أ "بيّن".
(٦) في: أ "فيثبت".

الشبهة، بأن يطأ الرقيق أمه الغير، على ظن أنها زوجته الحرة، وقد يصور فيما إذا كانت الأم حرة أصلية أو معتقة، ومعتق الأب أولى بثبوت الولاء من معتق الأم، لأن الولاء تلو النسب ، والنسب إلى الآباء دون الأمهات، وأيضاً، فإن الولاء والإرث به مبنيان على الأقوى، فالأقوى، ولذلك[1] ينفرد به المذكور من أولاد المعتق، وجانب الأبن أقوى من جانب الأم، وإن كان الأب رقيقاً والأم معتقة فيثبت الولاء لمعتق الأم لأنا عجزنا عن إثبات الولاء من جهة الأب إذ لا ولاء عليه، ولمعتق الأم نعمة عليه، فإنه عتق بعتق الأم، فإن مات والأب رقيق بعد ورث معتق الأم منه بالولاء، وإن عتق الأب في حياته انجر الولاء من معتق الأم إلى معتق الأب، يروى ذلك عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ولا مخالف لهم، والمعنى فيه أن ثبوت الولاء لموالي الأم كان لضرورة أنه لا ولاء على الأب فإذا أعتق، وثبت الولاء زالت الضرورة فرددناه إلى موالي الأب.

ولو مات الأب رقيقاً وعتق الجد، انجر أيضاً من موالى الأم إلى موالى الجد.

ولو أعتق الجد والأب رقيق، فهل ينجر من موالي الأم إلى موالي الجد؟ فيه وجهان كالوجهين: فيما إذا أسلم الجد، والأب حي كافر هل نحكم بإسلام الطفل؟

أظهرهما: أنه ينجر، وبه قال مالك رحمه الله[2].

وعلى هذا فلو عتق الأب بعد ذلك انجر من موالى الجد إلى موالي الأب، لأن الجد إنما جره لكون الأب رقيقاً فإذا أعتق كان هو أولى بالجر.

والثاني: لا ينجر وبه قال أبوحنيفة[3] وأبوعلي بن أبي هريرة والطبري رحمهم الله.

وعلى هذا فلو مات الأب بعد عتق الجد فهل ينجر[4] إلى[5] موالي الجد بالعتق

---

(١) في: ظ "ولهذا".

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٣٠١.

(٣) انظر: الهداية ٢٧٥/٣.

(٤) في: ب "هل".

(٥) في: ب "من".

السابق؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه إنما لم ينجر لبقاء الأب رقيقاً، فإذا مات زال المانع.

والثاني: لا، لأنه لما امتنع الجر عند العتق استقر الولاء لموالي الأم فلا جرّ بعد ذلك.

وهذا كما أنه إذا أسلم الجد والأب حي كافر، وقلنا لا يتبعه الطفل في الإسلام. فإذا مات الأب كافراً لا يتبعه أيضاً.

ولو سُبي الطفل مع أبويه، وهما كافران لا نحكم بإسلامه، فإذا ماتا كافرين لا نحكم بإسلامه أيضاً لدوام السبي، وهذا أصح عند الشيخ أبي علي رحمه الله والأول هو المذكور في "التهذيب"[(١)].

وإذا ثبت الولاء لموالي الأم على ولد المعتقة لرق الأب، فلو اشترى الولد أباه ثبت له الولاء عليه وعلى إخوته وأخوانه الذين هم أولاده، وهل ينجر ولاء نفسه من موالي الأم؟ فيه وجهان:

أصحهما وهو المنصوص[(٢)]، لا بل يبقى ولاؤه لموالى الأم، لأنه لايمكن أن يكون له على نفسه ولاء، ولهذا إذا اشترى العبد نفسه يعتق ويكون الولاء للسيد، وكذا المكاتب إذا أعتق بأداء النجوم، وإذا تعذر الجر بقي في موضعه.

والثاني: وينسب إلى تخريج ابن سريج واختاره أبوخلف السلمي[(٣)] رحمهما الله: أنه ينجر كما لو أعتق الأب غيره ثم[(٤)] يسقط ويصير كحر لا ولاء عليه والذي خلق حراً من أبوين حرين إذا كان أجداده أرقاء، ويتصور ذلك في نكاح الغرور، وفي الوطء

---

(١) انظر: التهذيب ٤٠٤/٨. وانظر: الروضة ١٧٢/١٢. حيث قال: "قلت: الإنجرار أقوى".

(٢) انظر: المختصر ص ٣٢٢، والحاوي ١١٠/٢٢، والروضة ١٧٢/١٢، ومغني المحتاج ٥٠٨/٤.

(٣) هو: محمد بن عبد الملك بن خلف السُّلمي. بضم السين - أبوخلف الطبري، أخذ الفقه عن القفال، والاستاذ أبي منصور البغدادي، له شرح اسمه "المفتاح" وغيره.
نقل عنه الرافعي في مواضع عدة. توفي في حدود سنة سبعين وأربعمائة.
انظر: طبقات الشافعية للأسنوي ٥٨/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٥٨/١.

(٤) في: ب "لم".

بالشبهة إذا أعتقت أم أمه، يثبت الولاء عليه لمعتق أم الأم، فإن عتق أبو أمه بعد ذلك انجر الولاء من معتق الأم إلى معتق أبي[١] الأم فإن أعتق[٢] أم أبيه بعد ذلك انجر ولاؤه من معتق أبي الأم إلى معتق أم الأب، فإن أعتق ابو أبيه بعد ذلك انجر الولاء من معتق أم الأب إلى معتق أبي الأب.

ولو كانت المسألة بحالها لكن أبوه رقيقٌ فأعتق الأب بعد عتق هؤلاء انجر الولاء من معتق أبي الأب إلى معتق الأب، واستقر عليه.

والسبب في ذلك أن جهة الأبوة أقوى من جهة الأمومة فينجر من الأضعف إلى الأقوى.

ولو عتقوا على ترتيب آخر لم يخف الحكم، وإذا أثبتنا الولاء لموالي الأم فمات الولد أخذوا ميراثه، فإن عتق الأب بعد ذلك لم يكن لمعتقه استرداد، بل الاعتبار بحالة الموت و لم يكن له ولاء حينئذ، وليس معنى الانجرار أنا نتبين أن الولاء لم يزل في جانب الأب بل ينقطع من وقت عتق الأب عن موالي الأم فإذا انجر الولاء إلى موالى الأب فلم يبق منهم أحد، فلا يعود إلى موالي الأم بل يكون الميراث لبيت المال.

وكذلك إذا ثبت الولاء لموالي الأب ففنوا لم يصر الولاء لموالي الجد حتى لو مات الذي انجر ولاؤه من موالي جده إلى موالي أبيه حينئذ فميراثه لبيت المال.

وقوله في الكتاب: "بأن حصل في نكاح الغرور من رقيقين" يعني ثم أعتق الأب ولا يشترط للتصوير كون الأب رقيقاً عند الغرور، والإيلاد، بل لو كان معتقاً كان الحكم كذلك وقوله[٣] أو من معتقين" لايتعلق بنكاح الغرور، بل ولدهما حر على الإطلاق.

وقوله: "لم ينجر[٤] الولاء إليه، معلم بالحاء.

---

(١) في: ب "الأب".

(٢) في: ب "أعتقت".

(٣) "قوله" ليست في: ظ.

(٤) في: أ، ظ "انجر".

وقوله: "ولاينجر"[١] بالميم.

وقوله "ثم منه ينجر إلى معتق أبي الأم ثم منه إلى معتق أم الأب" إلى آخره: يعني إذا أعتقوا على هذا الترتيب.

وقوله[٢]: إلا أن يكون الأب رقيقاً ليس باستثناء محقق لأنه صور أولاً في المولود من حرين فلا يدخل فيه ما إذا كان الأب رقيقاً حتى يستثنى منه، ولكنه استثناء منقطع.

(قال [الغزالي]: ومن أعتق أمة حاملاً من معتق فولاء الجنين له لأنه مباشر، لا لمعتق الأب، ولكن ذلك إذا[٣] أتت به[٤] لأقل من ستة أشهر من وقت إعتاق الأم، فإن كان لأكثر[٥] والزوج[٦] يفترشها فالولاء لموالي الأب، وإن كان لا يفترشها، وهو لأقل من أربع سنين فقولان).

[فصل: إذا أعتق أمة حاملاً جارية وهي في من معتق فأتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الإعتاق]

إذا أعتق جارية[٧] وهي في نكاح معتق، فأتت منه بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الإعتاق فولاء الجنين لمعتق الجارية لا لمعتق ابنه لأنا تيقنا وجوده يوم الإعتاق فمعتقه، باشر إعتاقه بإعتاقها[٨]، وولاء المباشرة مقدم على ما مر، وإن أتت به لستة أشهر فصاعداً، فإن كان الزوج يفترشها[٩] فولاؤه لمعتق الأب" لأنا لا نعلم وجوده يوم الإعتاق، والأصل عدمه والافتراش سبب ظاهر للحدوث بعده.

---

(١) في: ظ "لاينجر".
(٢) في: ظ "في الكتاب".
(٣) في: ز "إن".
(٤) في: ظ "منه".
(٥) في: ظ "أكثر".
(٦) "الزوج" ليست في: ظ.
(٧) في: ب "جاريته".
(٨) في: ظ "باعتاقه".
(٩) في: ظ "يفرشها".

وإن كان لا يفترشها وأتت به لأربع سنين من وقت الإعتاق فكذلك، وإن أتت به لأقل من أربع سنين فقولان، لأن ثبوت النسب يدل على تقدير وجوده حينئذ، ولكن النسب يكفي فيه الإمكان وقد لا يكتفي في الولاية وثبتت المسألة في أحوالها[١] على ما إذا أوصى لحمل[٢] فلانة وقد ذكرناه في "الوصية" وبينا أن الأظهر في صورة الخلاف: أنه يستحق الوصية فعلى قياسه يكون الولاء لمعتق الأم دون معتق الأب.

ولو أعتق جاريته وهي في نكاح رقيق فأتت بولد لما دون ستة أشهر من يوم الإعتاق فولاؤه لمعتق الأم بالمباشرة، وإذا[٣] أعتق الأب لم ينجر الولاء إلى معتقه، وإن أتت به لستة أشهر فصاعداً قال في "التهذيب" إن لم يفارقها الزوج، فولاؤه لمولى الأم فإذا عتق الأب ينجر الولاء إلى معتقه، لأنا لم نتحقق وجوده يوم إعتاق الأم، وإن كان الزوج قد فارقها، فإن أتت[٤] به لأكثر من أربع سنين من يوم الفراق فالولد منفي عن الزوج، وولاؤه لمعتق الأم أبداً، وإن أتت به لأقل من أربع سنين فالولد ملحق بالزوج وولاؤه لمعتق الأم، فإذا أعتق الأب[٥] ففي انجرار الولاء إلى معتقه قولان:

أحدهما لاينجر، لأنا[٦] جعلناه موجوداً يوم الإعتاق لثبوت النسب من الزوج فيكون عتقه بالمباشرة.

والثاني: ينجر ونجعله حادثاً بعد عتق الأم ويخالف النسب، فإنا نُثبته بمجرد الإمكان.

ولو نفى الزوج المعتق ولد زوجته المعتقة باللعان، لم نحكم بأن ولاء الولد لموالي الأب ويكون في الظاهر[٧] لموالي[٨] الأم، فإن كذّب الملا عن نفسه لحقه الولد، وحكمنا

---

(١) في: أ "أخواتها".

(٢) في: ب، ظ "بحمل".

(٣) في: ظ "وإن".

(٤) في: ظ "فاتت".

(٥) في: ظ "الأم".

(٦) انتهى النقل من ص٦١٥ من النسخة ز. ونرجع إلى ص ٦٤٠

(٧) في: ظ "المظاهرة".

(٨) في: أ "المولى".

بالولاء لمواليه، فإن كان قد مات الولد بعد اللعان ودفعنا الميراث إلى موالي الأم استرددنا منهم بعد الاستلحاق ما أخذوا، لأنه تبيَّن أنه لم يكن لهم ولاء.

ولو غُرَّ بحرية أمةٍ فنكحها وأولدها على ظنٍّ أنها حرةً ثم علم أنها أمة فأولدها ولداً آخر فالولد، الأول حر، والثاني رقيق.

فلو أعتق السيد الأمة والولد الثاني، ثم عتق الأب انجر ولاء الولد الأول إلى معتق الأب، و لم ينجر إليه ولاء الثاني، لأن عليه ولاء المباشرة.

ولو نكحها وهو يعلم أنها أمة وأولدها ثم أعتقت فأولدها، ولداً آخر فالثاني حرٌ وولاؤه لمعتق الأب، والأول مملوك وولاؤه لمعتقه.

(قال [الغزالي]: النظر الثاني في الحكم، وحكم الولاء العصوبة فيفيد الميراث وولاية التزويج، وتحمُّل العقل والولاء للمعتق، فإن مات فميراث العتيق لأولى عصباته يوم موت العتيق، فلو خلف ابناً وبنتاً أو أباً وأماً، فلا[1] ميراث للبنت والأم[2]، بل لا يثبت الولاء أصلا لامرأة إلا إذا باشرت العتق فلها الولاء عليه، وعلى أحفاده وعتيقه، وعتيق عتيقه، كالرجل، والأخ لا يقاسم الجد في الولاء في أحد القولين، بل هو أولى وابن الأخ أيضاً أولى من الجد على هذا القول لقوة البنوة، والأخ من الأب والأم مقدم على الأخ من الأب في أصح القولين[3]، ولا يعاد بالأخ للأب إن رأينا المقاسمة بين الجد والأخوة، وإذا[4] اجتمع أبن[5] المعتق ومعتق الأب، فلا ولاء لمعتق الأب أصلاً، لأن على الميت ولاء المباشرة[6] فالمال لعصبة[7] معتقه وهو الأب وكذلك قد يظن أن معتق أبي المعتق أولى من معتق المعتق وهو غلط).

---

(١) في: ز "وأباً وأماً، ولا".
(٢) في: ب، ظ "للأم والبنت".
(٣) في: ظ "على أصح الطريقين".
(٤) في: ظ "فإن".
(٥) في: ز "أب".
(٦) في: ز "مباشرة".
(٧) في: أ، ب "لعصبات".

[فصل في: أحكام الولاء]

[قال الرافعي]: قد ذكرنا في أول الولاء: أن النظر في سببه، وحكمه، وقد حصل الفراغ من النظر في سببه.

وأما حكمه فالولاء إحدى[١] جهات العصوبة، ومن يرث به لا يرث إلا بالعصوبة ويتعلق به ثلاثة أحكام الميراث، وولاية التزويج وتحمل العقل[٢]، وقد ذكرناها في مواضعها.

وإذا مات العتيق ولا وارث له من جهة النسب، فولاؤه لمعتقه يرث جميع ماله، وإن كان له من يرث بالفرضية، وفضل شيء أخذ المعتق ما فضل عن الفرض.

المسألة الأولى إن لم يكن المعتق حياً

ثم في الفصل مسائل: إحداها: إن لم يكن المعتق حياً، وَرِث بولايةٍ أقرب عصباته ولا يرث أصحاب فروض المعتق، ولا الذين يتعصبون بغيرهم، فإن لم يجد للمعتق عصبة من النسب، فالميراث لمعتق المعتق، فإن لم يبق فلعصبات معتق المعتق، فإن لم يوجد فلمعتق معتق المعتق، ثم لعصباته، ولا ميراث لمعتق عصبات المعتق إلا لمعتق أبيه أو جده.

قال الإمام رحمه الله: وهذا بعينه هو الذي ذكرناه في تعدي الولاء يعني إلى الأولاد، والأحفاد ومعتقيهم[٣].

وأوضحه بالمثال فقال: زيد أعتق سالماً فولد لسالم[٤] ابن اسمه عبد الله، فأعتق عبد الله عبداً ومات عبد الله وأبوه سالم وبقي معتق أبيه زيد، ثم مات عتيق عبد الله ورثه زيد، لأنه لما ثبتت له النعمة على سالم أبي عبد الله، ورث بولائه ثم للأصحاب رحمهم الله عبارة ضابطة لمن يرث بولاء المعتق إذا لم يكن المعتق حياً وهي أنه يرث العتيق

---

(١) في: ظ "فالولاء" أحد العصوبة".

(٢) "العقل": الدية: ومنه قولهم :عَقَلَ القتيل، فهو عاقل: إذا غرم ديَتَهُ. وتسمى الجماعة: عاقلة، وسُمِّيت الدية عقلاً لأن الإبل كانت تُعْقَلُ بفناء أولياء المقتول، أي تشد في عُقُلِها لتسلم إليهم ويقبضوها. انظر: المصباح المنير ٤٢٢/٢. وانظر: المطلع على أبواب المقنع ٣٦٨.

(٣) في: أ "ومعتقهم".

(٤) في: ظ "سالم".

بولاء المعتق ذكرٌ يكون عصبة للمعتق لو مات المعتق يوم موت العتيق بصفة[1] العتيق، وخرجوا عليها مسائل.

مسألة: مات العتيق، وللمعتق ابن وبنت ونحو ذلك

منها: إذا مات العتيق، وللمعتق ابن وبنت، أو أب وأم أو أخ وأخت فالميراث للذكر في هذه الصورة دون الأنثى، ولا يرث النساء بولاء الغير أصلاً، نعم إذا باشرت المرأة الإعتاق أو عتق[2] عليها مملوكٌ لها ثبت لها الولاء عليه، كما للرجل لقوله ﷺ "الولاء لمن أعتق"[3]، وروى أن بنتاً لحمزة أعتقت جارية فماتت الجارية عن بنت، وعن المعتقة فجعل النبي ﷺ نصف ميراثها للبنت، والنصف للمعتقة"[4] وكما يثبت لها[5] الولاء على عتيقها يثبت على أولاده وأحفاده وعتيقه كالرجل، والقول في أن المرأة لا ترث بولاء الغير، وترث بولاء المباشرة قد ذكره مرة على الاختصار في "الفرائض"[6] وشرحناه حكماً وتوجيهاً.

---

(١) في: ظ "لصفة".

(٢) في: أ "أعتق".

(٣) الحديث: متفق عليه وقد سبق تخريجه ص ١٠٦٢.

(٤) الحديث. قال عنه ابن حجر في التلخيص ٨٠/٣.
"النسائي وابن ماجه من حديثها، وفي إسناده ابن أبي ليلى القاضي، وأعله النسائي بالإرسال، وصحح هو والدارقطني الطريق المرسلة.
وفي الباب عن ابن عباس أخرجه الدارقطني وقال"تنبيه" صرح الحاكم في المستدرك في هذا الحديث، بأن أسمها أمامة، ورواه أحمد في مسنده من طريق قتادة عن سلمى بنت حمزة فذكره.
قال البيهقي: اتفق الرواة على أنَّ ابنة حمزة هي المعتقة.
وقال إبراهيم النخعي: توفي مولى لحمزة بن عبد المطلب، فأعطى النبي ﷺ ابنة حمزة النصف طعمة، قال: وهذا غلط.
قلت: قد روى الدارقطني من حديث جابر بن زيد عن ابن عباس: أن مولى حمزة توفي، وترك ابنته وابنة حمزة، فأعطى النبي ﷺ : ابنته النصف وابنه حمزة النصف، وجاء في مصنف ابن أبي شيبة أنها فاطمة، وأخرجه الطبراني في الكبير أيضاً".
انظر: سنن ابن ماجه ٩١٣/٢، كتاب الفرائض، باب ميراث الولاء، وسنن البيهقي ٥١٠/١٠، كتاب الولاء، باب الولاء للكبير ثم قال "هذا مرسل، وقد روي من وجه آخر مرسلاً وبعضها يؤكد بعضاً، وقد مضى ذلك بشواهده..."

(٥) في: أ "له".

(٦) انظر: الوجيز ٢٦٣/١، والعزيز ٤٧٩/٦ و ٤٨٠.

مسألة: لو أعتق عبداً، ومات عن اثنين

ومنها: لو أعتق عبداً ومات عن اثنين فولاء العتيق لهما فإن مات أحدهما وخلف ابناً فولاء العتيق لأخيه، وإن كان ميراثه لابنه، لأنه لو مات المعتق يوم موت العتيق، كان عصبته الابن دون ابن الابن.

وهذه الصورة ونحوها معنى ما روى عن عمر وعثمان رضي الله عنهما "أن الولاء للكبر" والمراد[١] "الكبر في الدرجة والقرب دون السن". ولو مات المعتق عن ثلاث بنين ومات أحد البنين عن ابن وآخر عن أربعة وآخر عن خمسة فالولاء بينهم بالسوية حتى إذا مات العتيق ورثوه أعشاراً، لأنه لو مات المعتق يؤمئذٍ ورثوه كذلك، ولو ظهر للمعتق مال كان ثلثه للابن، وثلثه للأربعة وثلثه للخمسة، لأن المال انتقل إلى آبائهم، ثم من الآباء إليهم.

ولو أعتق عبداً ومات عن أخ من الأبوين، وآخر من الأب فماله للأخ من الأبوين، وكذا ولاء عتيقه على الأصح، فلو مات الأخ من الأبوين، وخلف ابناً، والأخ[٢] الآخر، فولاء العتيق للأخ[٣]، وإن كان ميراثه للابن، لأن المعتق لو مات بدلاً عن العتيق كان عصبته الأخ[١] من الأب دون ابن الأخ من الأبوين.

مسألة أعتق مسلم عبدا كافراً، ومات عن ابنين مسلم وكافر ثم مات العتيق

ومنها: أعتق مسلم عبداً كافراً ومات عن ابنين مسلم وكافر، ثم مات العتيق فميراثه للابن الكافر، لأنه الذي يرث المعتق لو مات المعتق[٤] بصفة الكفر.

ولو أسلم العتيق ثم مات فميراثه للابن المسلم، ولو أسلم الابن الكافر ثم مات

---

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٥/٤ "حديث عمر وعثمان أنَّ الولاء للكبر". رواهما البيهقي من طريق سعيد بن المسيب عنهما، ورواه عبد الرزاق عن الثوري عن منصور عن ابراهيم: "أن عمر وعلياً وزيد بن ثابت كانوا يجعلون الولاء للكبر، وعن يزيد عن أشعث عن الشعبي عن الثلاثة مثله، ورواه سعيد بن منصور من طريق مغيرة عن إبراهيم عن علي وزيد بن عبد الله" أ.هـ.

انظر: البيهقي ٥١٠/١٠، كتاب الولاء - باب الولاء للكبر، المصنف ٣٠/٩، كتاب الولاء - باب الولاء للكبر. وقد ورد بهامشه تعريف الكبر "يعنون بالكبر ماكان أقرب بأب، أم أم".

(٢) "الأخ" ليست في: ظ.(١) مكرر. في ز "عصبة للأخ".

(٣) في: ظ "للأخ" من الأبوين.

(٤) "لو مات المعتق" ليست في: أ.

العتيق مسلماً فالميراث بينهما ذكره في "التهذيب"[١]

المسألة الثانية: الذين يرثون بولاء المعتق من عصباته

المسألة الثانية: الذين يرثون بولاء المعتق من عصباته يترتبون ترتب عصبات النسب إلا في مسائل مذكورة في "الفرائض".

منها: أخ المعتق وجده إذا اجتمعا متساويان في أحد القولين ويتقاسمان[٢] كما في النسب ويتقدم الأخ في أصحهما: وإذا قلنا: به تقدم ابن الأخ أيضاً، وإن رأينا المقاسمة فالأخ من الأبوين لايعاد بالأخ من الأب على الظاهر.

وفيه وجه آخر ذكرناه في "الفرائض"[٣] وإذا راجعت الشرح هناك أعلمت قوله "ههنا والأخ لا يقاسم" بالحاء والألف.

وقوله "ولا يعاد" بالواو.

ولو قدم قوله "ولا يعاد بالأخ من الأب" على مسألة الأخ من الأبوين، والأخ من الأب[٤] لكان أحسن، لأنه يتعلق بصورة الجد والأخوة[٥]

ومنها: في أخ المعتق من الأبوين مع[٦] أخيه من الأب طريقان:

أصحهما: تقديم الأخ من الأبوين.

والثاني: أن فيه قولين وهو المذكور في الكتاب[٧] ويجوز إعلام لفظ "القولين" بالواو والمسألتان معاً مذكورتان في الكتاب في الفرائض معادتان ههنا لكن مع زيادات.

ومنها[٨]: حكى الإمام عن أبي حامد المروروذي رحمهما الله: أنه إذا كان للمعتق ابنا عم أحدهما أخ لأم فالميراث كله للذي هو أخ لأم.

---

(١) انظر: التهذيب ٤٠٣/٨، والروضة ١٧٦/١٢.

(٢) في: ظ "فيتقاسمان".

(٣) انظر: الوجيز ٢٦٢/١، والعزيز ٤٧٤/٦.

(٤) "والأخ من الأب" ليست في: زه

(٥) في: ب "والأخ".

(٦) في: ظ "من".

(٧) "ويجوز اعلام لفظ ... في الكتاب" ليست في: ظ.

(٨) في: أ "وهاهنا.

قال: ولم نر هذا إلاله وهو غلط عند المحققين، لإن أخوة الأم لا توجب قوة في النسب، فكيف توجب القوة في الولاء.

والوجه الحكم باستوائهما، وقد أوردنا الصورة في الفرائض.

وإذا تأملت ما أوردناه هناك عرفت: أن المذهب ما حكاه عن أبي حامد وتعجب مما ساقه الإمام هاهنا[١].

المسألة الثالثة: الانتساب في الولاء

الثالثة[٢]: الانتساب في الولاء، قد ينتظم من محض الإعتاق كمعتق المعتق، ومعتق معتق المعتق، وقد ينتظم مركباً من[٣] الإعتاق والنسب، كمعتق الأب وأبي المعتق ومعتق أبي المعتق.

وقد سبق تصوير معتق أبي المعتق، وأنه وارث في الجملة.

وإذا تركب الانتساب فقد يشتبه[٤] حكم الولاء ويغالط به المغالط مثل أن يقول: إذا اجتمع أبوالمعتق ومعتق الأب فأيهما أولى؟ والجواب: أنه إذا كان للميت أبو معتق كان له معتق، وكان قد مسه الرق ولحقه العتق، وحينئذ فلا ولاء لمعتق أبيه أصلاً كما سبق، فلا معنى لمقابلة أحدهما بالآخر، وطلب الأولوية.

وإذا اجتمع معتق أبي المعتق ومعتق المعتق فمعتق المعتق أولى، لأنه يستحق[٥] ولاء المعتق[٦] بالمباشرة، ومعتق أبيه يستحقه[٧] بالسراية وولاء المباشرة أقوى، ولذلك لاينجر ولاء المباشرة[٨] وينجر ولاء السراية.

---

(١) "هاهنا" ليست في: أ.
(٢) في: ز "المسألة الثانية".
(٣) في: ظ "كما مرَّ في".
(٤) في: ظ "يشبه".
(٥) في: ظ "مستحق".
(٦) في: أ "العتق".
(٧) في: ظ "يستحق".
(٨) "ولا ينجر ولاء المباشرة" ليست في: ظ.

وإذا[١] اجتمع معتق أبي المعتق، ومعتق معتق المعتق، فقد يظن ظناً غلطاً، لأن[٢] الأول أولى لاولائة[٣] بالولادة.

والصواب: أن الثاني أولى، لأن المعتق الأخير في النسبة المذكورة انتسب إليه شخصان، أحدهما معتق أبيه، والثاني معتق معتقه ومن له معتق معتق فقد مسه الرق ويثبت عليه ولاء المباشرة وهو أقوى ذكره الإمام وغيره.

(قال [الغزالي]: فروع الأول[٤] اشترى أخ وأخت أباهما فعتق عليهما، ثم أعتق الأب عبداً ولم يخلف العتيق إلا الأخ والأخت[٥] فالمال كله للأخ، لأنه عصبة المعتق، ولا شيء للبنت التي هي معتقة المعتق، بل لو خلف ابن عم المعتق والبنت، لكان ابن العم أولى، ولو مات هذا الأخ ولم يخلف إلا أخته، فلها ثلاثة أرباع ميراثه النصف بالأخوة والنصف الباقي بولائها على نصف أبيه، لأن أخاها ولد معتقها.

وكذلك[٦] إن مات الأب ولم يخلف إلا البنت، فلها النصف بالبنوة والنصف الباقي لولائها على نصف الأب).

[فصل: وفيه فروع: الأول إذا اشترت المرأة أباها فعتق عليها، ثم أعتق الأب عبداً، ومات بعد موته].

[قال الرافعي]: إذا اشترت المرأة أباها فعتق عليها، ثم أعتق الأب عبداً، ومات عتيقه بعد موته، نظر: إن لم يكن للأب عصبة من النسب فميراث العتيق للبنت، لا لأنها بنت معتقة، فقد سبق أن بنت المعتق لا ترث، ولكن لأنها معتقة المعتق، وإن كان له عصبة من أخ أو عم أو ابن عم قريب أو بعيد، فميراث العتيق له، لأنه عصبة المعتق من النسب ولا شيء للبنت لأنها معتقة المعتق ومعتق المعتق يتأخر عن عصبة النسب.

---

(١) في: أ "وإن".

(٢) في: أ "قد".

(٣) في: ب،ظ "لاولايه".

(٤) "الأول" ليست في: أ.

(٥) في: أ "الأخت".

(٦) في: ز "ولو مات".

قال الشيخ أبو علي رحمه الله: وسمعت بعض الناس يقول: قد أخطأ في هذه المسألة أربعمائة قاضٍ لأنهم رأوها أقرب وهي عصبة له بولائها عليه.

ولو اشترى أخ وأخت أباهما، فعتق عليهما ثم أنه أعتق عبداً ومات العتيق بعد موت الأب، وخلف الأخ والأخت، فميراثه للأخ دون الأخت، من جهة أنه من عصبة المعتق من النسب، وهي معتقة المعتق، بل لو كان الأخ قد مات من قبل موت أبيه وخلّف ابناً أو ابن ابن، أو كان للأب المعتق ابن عم بعيدٌ فهو أولى من البنت.

ولو مات هذا الأخ بعد موت الأب و لم يخلف إلا أخته[1] فلها نصف الميراث بالأخوة، ونصف الباقي لأن لها نصف ولاء الأخ لإعتاقها نصف الأب فيسترسل الولاء على أولاده، ويكون لها نصف ولاء الأخ، وللأخ نصف ولائها، فيجتمع لها ثلاثة أرباع الميراث النصف بالأخوة، والربع بأنها معتق نصف الأب.

ولو مات الأب ثم مات الابن ثم مات العتيق، و لم يخلف إلا البنت فلها ثلاثة أرباع الميراث أيضاً، النصف، لأنها معتقة نصف المعتق، والنصف الباقي لثبوت ولاء السراية على نصف الأخ بإعتاقها نصف ابنه فهي معتقة نصف أبي معتق معتقه، والربع الباقي في هذه الصورة والتي قبلها لبيت المال.

وأما قوله في الكتاب" وكذلك[2] إن مات الأب و لم يخلف إلا البنت فلها النصف بالبنوة ونصف الباقي لولائها على نصف الأب" فهذه الصورة[3] لاذكر لها في "الوسيط" و لم أر لها في "النهاية" أيضاً والمفهوم مما ساقه انحصار حقها في النصف والربع، لكن كلام الأصحاب رحمهم الله: منهم الشيخ أبوعلي وأبوخلف السلمي في فرع آخر: يتنازع في ذلك، وذلك[4] أنهم قالوا: لو اشترت أختان أباهما بالسوية فعتق عليهما، ثم مات الأب فلهما الثلثان، والباقي بالولاء ولو ماتت إحداهما بعد موت الأب، وخلفت الأخرى، فلها النصف بالأخوة ونصف الباقي بولائها على نصف الأخت بإعتاقها نصف أبيها وأما

---

(١) في: أ "أخيه".
(٢) في: ب "ولذلك".
(٣) "الصورة" ليست في: ز •
(٤) "وذلك" ليست في: أ.

الربع الباقي فقد أطلق في "التهذيب": أنه لبيت المال، وليحمل ذلك على ما إذا كانت أمها حرة أصلية، فأما إذا كانت معتقة فلموالي الأم ولاء الأختين بإعتاق الأم، وإذا أعتقنا الأب جرتْ كل واحدةٍ منهما نصف ولاء أختها إلى نفسها، وهل تجر ولاء نفسها؟ ويسقط، أو يبقى لموالي الأم؟ فيه خلاف قد تقدم[١].

فإن قلنا يبقى لموالي الأم وهو الظاهر، فالرابع الباقي يكون لموالي الأم، وإن قلنا: تجر ويسقط فهو لبيت المال.

ولو ماتت إحدى الأختين، ثم مات الأب وخلّف الأخرى، فلها سبعة أثمان ماله النصف بالبنوة وهو أربعة من ثمانية، ونصف الباقي وهو سهمان، لأنها معتقة نصفه، ونصف الربع الباقي وهو سهم، لأن الربع الباقي كان للأخت الأخرى لو كانت باقية لولائها على نصف الأب، فإن كانت ميتة أخذت هذه نصفه، لأن لها نصف ولاء الأخت بإعتاقها نصف أبيها.

وأما الثمن الباقي إذا كانت أمها معتقة، فهو لموالي الأم على الأظهر، لأن نصف ولاء الميتة يبقى لهم.

وإن قلنا: لا يبقى فهو لبيت المال.

وصورة الكتاب مثل هذه الصورة.

ولو اشترتا الأب وعتق عليهما ثم أنه أعتق عبداً ومات العتيق بعد موته، وخلف البنتين فجميع المال لهما بالولاء، لا لأنهما بنتا معتقه، لكن لأنهما معتقتا معتقة.

(قال [الغزالي]: أختان خلقتا حرتين، اشترت إحداهما أباهما والأخرى أمهما، فكل واحدة مولاة صاحبتها، لأن ولاء الأم يمكن انجراره إلى مشترية الأب، إذ لا يمكن أن يكون مولى نفسه.

وقيل: إنه ينجر ويسقط فلا ولاء[٢] على مشترية الأب لمشترية[٣] الأم).

---

(١) انظر: ص١٠٧٦.

(٢) في: ظ "فالولاء".

(٣) "الأب لمشترية الأم" ليست في: أ.

الفرع الثاني أختان ليس لهما ولاء مباشرة وأبواهما مملوكان اشترت إحداهما الأب،والأخرى الأم. فعتقا عليهما ونحو ذلك

[قال الرافعي] أخوان أو اختان ليس عليهما ولاء مباشرة وإليه أشار في الكتاب بقوله "خلقتا حرتين" وأبواهما مملوكان اشترت إحداهما أباهما فعتق عليها والأخرى أمهما فعتقت[١] عليها.

وتصور المسألة فيما إذا كانوا جميعاً كفاراً فخرج إلينا الولدان مسلمين، ثم استرققنا الأبوين، وفيما إذا غرَّ عبدٌ بحرية أمةْ فنكحها، وأولدها على ظن الحرية ولدين.

إذا[٢] عُرِف ذلك فولاء الأب للتي[٣] اشترته، فإذا مات عنهما فلهما الثلثان بالبنوة والباقي لها بالولاء وولاء الأم للتي اشترتها فإذا ماتت عنهما فلهما الثلثان، والباقي لها.

وأما الأختان فلمشترية الأب الولاء على مشترية الأم تبعاً للولاء على الأب فإذا ماتت مشترية الأم وخلفّت مشترية الأب فلها النصف بالأخوة والباقي[٤] بالولاء.

وهل لمشترية الأم الولاء على مشترية الأب؟ يبنى ذلك على أن من عليه الولاء لمعتق أمه، إذا اشترى أباه فعتق عليه، فهل يبقى الولاء عليه لمعتق الأم أو يجر ولاء نفسه ويسقط؟ فيه خلاف قدمناه.

وقوله في "الكتاب": "لأن ولاء الأم لايمكن انجراره إلى مشترية الأب" أراد به الوجه الأظهر من ذلك الخلاف، ووجه بأنه لو انجر لصار هو مولى نفسه، ولا يمكن أن يكون الإنسان مولى نفسه.

وقوله: "وقيل: إنه ينجر، ويسقط" هو الوجه المنسوب إلى ابن سريج رحمه الله وتخريجه وقد ذركناهما من قبل.

فإن قلنا: يبقى الولاء لمعتق الأم فلمشترية الأم الولاء أيضاً على مشترية الأب، وإذا ماتت فالحكم كما ذكرنا في الطرف الأول. وإن قلنا: لا يبقى فلا ولاء لها على مشترية الأب، وإذا ماتت فلها النصف بالأخوة والباقي لبيت المال.

---

(١) في: ز "وعتقت".

(٢) في: ظ "وإذا".

(٣) في: ظ "للذي".

(٤) "وأما الأختان ... والباقي بالولاء" ليست في: ظ.

ولو اشترت الأختان أباهما ثم اشترت إحداهما مع الأب أبا الأب وعتق عليهما ثم مات الابن فللبنتين الثلثان و[١]للأب السدس بالفرضية والباقي بعصوبة النسب، فإن مات الجد بعد موت الأب فلبنتي الابن الثلثان بالبنوة والباقي[٢] وهو الثلث نصفه للتي[٣] اشترته مع الأب لإعتاقها نصفه، ونصفه الآخر بينهما لإعتاقهما معتق نصفهِ.

ولو ماتت[٤] إحداهما بعد ذلك وخلَّفت الأخرى، فعلى ما سبق. ولو اشترت الأختان أمهما ثم اشترت الأم أباهما، وأعتقته فللأختين الولاء على الأم بالمباشرة، وللأم الولاء على أبيهما بالمباشرة وعليهما، لأنهما معتقة[٥] أبيهما.

[فإن ماتت الأم بعد ذلك فلهما الثلثان بالبنوة والباقي بالولاء[٦]]، لأنهما معتقتا معتقه والنساء يرثن ممن أعتقن، وممن أعتقه من أعتقن، وإن ماتت[٧] إحدى الأختين بعد ذلك وخلَّفت الأخرى، فلها النصف بالأخوة ونصف مابقي لإعتاقها نصف معتقه أبيهما، والباقي لبيت المال.

ولو اشترت الأختان أباهما ثم اشترت إحداهما مع الأب أخاً لها من الأب يعتق نصفه على الأب وهو معسر[٨] وأعتقت المشترية النصف الآخر.

قال أبوخلف السلمي: إن مات الأب فماله لابنه وبنتيه[٩] للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن مات الأخ بعد ذلك فلأختيه الثلثان، والباقي نصفه للأخت المشترية لإعتاقها نصفه، ونصفه الآخر حصة الأب لو كان حياً فيكون بعد موته لابنتيه، لأنهما معتقتاه فتكون القسمة من اثني عشر لمشترية الأخ منها سبعةً وللأخرى خمسة.

---

(١) "و" ليست في: ظ. مكرر: في ب "أب الاب وعتق عليها".

(٢) في: أ "والباقي يعصوبة".

(٣) في: ظ "للذي".

(٤) في: أ "مات".

(٥) في: ظ "معتقاً".

(٦) قوله: "فإن ماتت ... والباقي بالولاء" ليست في: ظ.

(٧) في: أ "مات".

(٨) في: ظ "موسر".

(٩) في: ظ "وبنته".

ولو ماتت التي لم تشتر الأخ أولاً، ثم مات الأب ثم مات الأخ فمال التي ماتت أولاً لأبيها ومال الأب[١] لابنه وبنته أثلاثاً، ومال الأخ نصفه لأخته بالنّسب، ولها نصف الباقي بإعتاقها نصفه، والباقي وهو الربع حصة الأب لو كان حياً فيكون لابنتيه، لأنهما معتقتاه، وإحداهما ميتة فللباقية[٢] حصتها، وحصة الميتة تكون لمواليها، ومواليها الأخت الباقية وموالي الأم، فيجعل بينهما بالسوية، وهذا مفروض فيما إذا كانت[٣] معتقةً، وإلاَّ فهو لبيت المال والله أعلم.

(قال [الغزالي] الثالث[٤]: اشترت أختان أمهما ثم شاركت الأم[٥] أجنبياً في شراء أبيهما، فإذا ماتت إحدى الأختين، ولم تخلف إلا الأخت الأخرى[٦]، فالنصف لها بالأخوة والباقي للأجنبي، والأم[٧] فإنهما[٨] معتقتا[٩] أبيهما، لكن الأم ميتة فيرجع نصيبها إلى الأختين لأنهما أعتقاها[١٠]، لكن إحداهما ميتة وحصل[١١] لها[١٢] الثمن فيرجع إلى الأجنبي[١٣] وأمهما[١٤] ومن الأم إلى الميتة والحية ويدور، ولا ينقطع، فالصواب[١٥]: أن يقسم المال من ستة فيكون لها النصف بالأخوة والباقي ثلاثة يُقسَّم

---

(١) قوله: "ثم مات الأب ... ومال الأب" ليست في: ظ.
(٢) في: ظ "فيكون للباقية".
(٣) في: أ "من معتقة".
(٤) في: أ "الثالثة".
(٥) "الأم" ليست في: أ، ب.
(٦) "الأخرى" ليست في: أ، ب.
(٧) "الأم" ليست في: ظ.
(٨) في: أ "فأيهما".
(٩) في: ظ "معتقا".
(١٠) في: أ "أعتقاه". وفي ب، ز "أعتقناها".
(١١) في: ظ "وقد حصل".
(١٢) "لها" ليست في: ب.
(١٣) في: ب "الأختين".
(١٤) "وأمهما" ليست في: أ.
(١٥) في: ظ "والصواب".

عليها، وعلى الأجنبي أثلاثاً للأجنبي سهمان، ولهما سهم فتتحصل هي على أربعة، لأن الثمن الدائر كلما رجع إلى الميتة حصل للأجنبي ضعف ما للأخت).

[فصل في الفرع الثالث: أختان لا ولاء عليهما اشترتا أمهما فعتقت عليهما وفيه أربع صور]

[قال الرافعي: أختان لا ولاء عليهما اشترتا أمهما فعتقت عليهما، ثم إن الأم شاركت أجنبياً في شراء أبي الأختين، وإعتاقه فللأختين الولاء على أمهما، وللأم والأجنبي الولاء على الأب وعلى الأختين لأنهما معتقتا[١] أبيهما، فلكل واحد منهما نصف ولاء كل واحدة منهما ثم الكلام في صور.

[الصورة الأولى إذا ماتت الأم ثم مات الأب ثم إحدى الأختين]

إحداها: إذا ماتت الأم ثم مات[٢] الأب ثم إحدى الأختين، أما الأم فثلث مالها للأختين بالبنوة والباقي لهما بالولاء، وأما الأب فثلثا ماله لهما أيضاً بالبنوة وما بقي فللأجنبي نصفه، لأنه أعتق نصفه، والنصف الآخر للأختين، لأنهما معتقتا[٣] معتقة نصفه.

وأما الأخت فللأخرى[٤] النصف من مالها بالأخوة، ونصف الباقي وهو الربع للأجنبي، لأنه أعتق نصف أبيها، والربع الباقي كان للأم لو[٥] كانت حية، لأنها معتقة النصف الآخر، فإذا كانت ميتة فنصيبها للأختين، لأنهما معتقتاها فتأخذ الأخت الباقية نصفه وهو الثمن، ويرجع الثمن الذي هو حصة الميتة إلى من له ولاؤها وهو الأجنبي، والأم وما للأم، يرجع إلى الحية والميتة، وحصة الميتة إلى الأجنبي، والأم، وهكذا[٦] يدور ولا ينقطع، ولذلك يسمى[٧] سهم الدور، وفيما يفعل به وجهان.

---

(١) في: ظ "معتقا".

(٢) "مات" ليست في: ب، ز ، ظ.

(٣) في: ظ "معتقا".

(٤) في: ظ "الأخرى".

(٥) في: أ "ولو".

(٦) في: ظ "والأخرى".

(٧) "يسمى" ليست في: ظ، وفي ب "سمي".

قال ابن الحداد رحمه الله: يجعل في بيت المال، لأنه لايمكن صرفه بالنسب ولا بالولاء.

والثاني: حكاه الشيخ[١] أبو على عن بعض الأصحاب، وحكاه الإمام عن الشيخ: أنه يقطع السهم الدائر، وهو الثمن، ويجعل كأنه لم يكن، ويقسم المال على باقي السهام، وهو سبعة خمسة منها للأخت الباقية، وسهمان للأجنبي. وزيف الإمام الوجه الأول بأن الولاء ثابت ونسبة الدور معلومة، فيجب[٢] تنزيل السهم الدائر وقسمته على تلك النسبة.

والوجه الثاني: بأن يضم ما تستحقه الأخت بالنسب إلى حساب الولاء وفض مايؤخذ بالولاء على مايؤخذ بالنسب لا معنى له ولا سبيل إليه، ثم قال: الوجه أن يفرد النصف ولا يدخله في حساب الولاء. وينظر في النصف المستحق بالولاء فيجد نصفه للأجنبي ونصفه للأم وما للأم يصير للأختين[٣]، ثم نصيب[٤] واحدة منهما يرجع نصفه إلى الأجنبي ونصفه إلى الأم، ومنها: إلى[٥] الأختين فتبين من ذلك أن للأجنبي ضعف ما للأخت الواحدة، لأنه مثل ما للأم، وما للأم يتنصف بين الأختين.

فإذاً المال بين الأجنبي، وبين الأخت بالأثلاث فيحتاج إلى عدد له نصف، ولنصفه ثلث، وأقله ستة، فيصرف نصف الستة إلى الأخت بالنسب، تبقى[٦] ثلاثة، سهمان منها للأجنبي، وسهم للأخت، فجملة مالها أربعة من ستة. وهذا ما أورده صاحب الكتاب رحمه الله: ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب "أن يقسم المال من ستة" بالواو[٧] للوجهين السابقين على أن أبا خلفٍ الطبري قال أكثر أصحاب الشافعي رضي الله عنهم: على أن سهم الدور لبيت المال، كما ذكره ابن الحداد رحمه الله وإلى ترجيحه يميل[٨] كلام ابن

---

(١) "الشيخ" ليست في: ظ.
(٢) في: ظ ويجب".
(٣) في: ظ "للأجنبي".
(٤) مكرر "كل" ليست في أ.
(٥) "إلى" ليست في: ظ.
(٦) في: أ "فتبقى".
(٧) "بالواو" ليست في: أ.
(٨) في: ظ "ميل".

اللبان[١] رحمه الله والله أعلم.

[الصورة الثانية إذا ماتت إحدى الأختين أولاً ثم ماتت الأم]

الصورة الثانية: إذا ماتت إحدى الأختين أولاً، ثم ماتت الأم فمال الأخت لأبويها للأم منه الثلث، وما بقي فللأب، وأما الأم فنصف ميراثها للبنت[٢] بالبنوة ولها نصف النصف[٣] الباقي لإعتاقها نصف الأم، ونصفه الباقي للأب، لأنه عصبة معتقة[٤] النصف الآخر من النسب ولا دور.

قال الشيخ أبوعلي رحمه الله: وفي مثل هذه المسائل لايورَّث[٥] بالزوجية إلا أن يشترط السائل في السؤال بقاء الزوجية.

[الصورة الثالثة: مات الأب أولاً ثم إحدى الأختين، ثم الأم]

الثالثة: مات الأب أولا، ثم إحدى الأختين ثم الأم، فأما الأب فثلثا ماله للبنتين بالبنوة والباقي بين الأم والأجنبي لولائهما عليه، وأما الأخت فللأم من مالها الثلث وللأخت النصف والباقي بين الأم والأجنبي لأنهما معتقا أبيهما[٦].

وأما الأم فنصف مالها للبنت الباقية بالبنوة، ولها من النصف الباقي النصف لأنها أعتقت نصفها ونصفه الباقي في حصة البنت الأخرى، وكانت تأخذه لو كانت حية، فإذا كانت ميتة فهو لمواليها[٧] الأم والأجنبي لكن الأم ميتة، فيأخذ الأجنبي نصفه وهو الثمن، ويرجع الثمن إلى الأختين لإعتاقهما الأم، وهذا سهم الدور.

---

(١) هو: محمد بن عبد الله بن الحسن البصري الفرضي، المعروف بابن "اللبان" كان إماماً في الفقه والفرائض. صنف كتباً كثيرة، ليس لأحد مثلها وعنه أخذ الناس. له مصنفات في الفرائض نقل عنه الرافعي في مواضع عدة، توفي سنة ثنتين وأربعمائة. رحمه الله.
انظر: طبقات الشافعية للأسنوي ١٩٠/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٩٢/١.

(٢) في: ظ "لبيت المال" وهو خطأ.

(٣) في: أ "نصف".

(٤) في: أ "معتق".

(٥) مكرر: في ب "ترث" وقوله "المسائل لا يورث" ليست في ظ.

(٦) "أبيهما" ليست في: أ. وفي ز : "أبيها" وهو خطأ.

(٧) في: أ "لموليها". وفي ب "لموليتها".

وفيه الخلاف الذي تبين[١]. وذكر ابن الحداد رحمه الله في هذه الصورة أن البنت بعد ما أخذت نصف مال الأم بالنسب، والربع بالولاء، وأخذ الأجنبي الثمن يأخذ من الثمن الباقي نصفه أيضاً ويكون الباقي لبيت المال.

قال القفال وغيره: وهذا غلطٌ فإن الثمن هو السهم الدائر، ولو جاز أن يعطى البنت منه شيئاً لأعطى الأجنبي مرة أخرى، وأيضاً فإنه طرح في الصورة الأولى سهم الدور بتمامه[٢] وجعله لبيت المال، فليكن كذلك ههنا.

الصورة الرابعة: بنتان من معتقتين اشترتا أباهما فعتق عليهما

الرابعة: ماتت[٣] البنتان أولاً يكون[٤] مالهما لأبويها كما ذكرنا، فإن مات الأب بعدهما فماله للأم والأجنبي[٥] بالولاء، فإن ماتت الأم بعد ذلك فنصف مالها للأجنبي، لأنه معتق نصف أبي معتقها، والباقي لبيت المال.

مثال آخر للدور بنتان من معتقتين اشترتا أباهما فعتق عليهما، فإن قلنا: إن معتق الأب لايجرُّ ولاء نفسه من معتق الأم وهو الأظهر، فيبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لموالي أمهما ويثبت لكل واحدة منهما نصف ولاء الأب ونصف ولاء الأخرى، لأنها معتقة أبيها، فإذا مات الأب فلهما ثلثا ماله بالبنوة، والباقي بالولاء، فإن ماتت الكبرى بعده فنصف مالها لأختها بالأخوة، ولها نصف الباقي وهو الربع لأنها معتقة أمها والباقي لموالي أم الكبرى، فإن ماتت الصغرى بعد ذلك فنصف مالها لموالي أمها والنصف الآخر حصة الكبرى وهي ميتة فيكون لمن[٦] له ولاؤها وولاؤها لموالي أمها وللصغرى فيأخذ موالي أمها نصفه، وهو الربع ويبقى الربع الباقي وهو سهم الدور، وفيه ماسبق من الخلاف، وإن ماتت البنتان أولاً ثم مات الأب فيقسم ماله على ثمانية أسهم لكل بنت أربعة فنصف نصيب الكبرى لموالي أمها، لأن لهم نصف الولاء عليها ونصفه للصغرى وهي ميتة فيكون نصفه وهو الربع لموالي أمها ونصفه يرجع إلى الكبرى، وهو سهم

---

(١) في: ظ "سبق". وانظر: ص١٠٨٨.

(٢) "بتمامه" ليست في: ظ.

(٣) في: ز "مات".

(٤) "يكون" ليست في: أ، ب، ظ.

(٥) في: أ "وللأجنبي".

(٦) في: ظ "كمن لا ولاء لها".

الدور، ونصيب الصغرى يقسم هكذا أيضاً، فإن جعل سهم الدور لبيت المال حصل لموالي[١] كل واحدة منهما ثلاثة أثمان مال الأب ولبيت المال ثمناه[٢].

واعلم أن الفرضين ضبطوا موضع حصول الدور فقالوا: إنما يحصل دور الولاء في المسألة إذا وجدت ثلاثة شروط.

أن يكون للمعتق[٣] ابنين فصاعداً.

وأن يكون قد مات منهم اثنان فصاعداً.

وأن لا يكون الباقي منهم حائراً لمال الميت.

فإن اختل أحد هذه الشروط فلا دور.

ونختم الكتاب بفصل يشتمل على فروع من الولاء وغيره.

الفرع الأول شخصان كل واحد منهما مولى صاحبه

يجوز أن يفرض شخصان كل واحدٍ منهما مولى صاحبه من أعلى ومن أسفل، كما إذا أعتق عبداً فأعتق العتيق أبا المعتق الأول، وكما إذا أعتق كافرٌ كافراً ثم استرق[٤] المعتق، وأسلم العتيق، فمَلَكَهُ وأعتقه.

الفرع الثاني أختان لأب وأم أعتقهما إنسان فاشترتا أباهما، وعتق عليهما

أختان لأب وأم أعتقهما إنسان فاشترتا أباهما وعتق عليهما[٥] فلكل واحدة منهما نصف ولاء أبيها، ولا ولاء لواحدة منهما على الأخرى، لأن على كل واحدة منهما ولاء المباشرة، فإذا ماتت إحداهما فللأخرى نصف مالها بالأخوة والباقي لمعتقها بالولاء.

الفرع الثالث: أعتق اب وابن عبدا، ومات الأب عن ابنين أحدهما المشتري

أعتق أب وابن عبداً ومات الأب عن ابنين أحدهما المشتري، ثم مات العتيق فنصف ماله للابن المشتري، والباقي بينهما، لأنهما عصبتا[٦] معتق النصف .

---

(١) في أ "لوالي الأم". وفي : ز "أم".
(٢) في: ظ "ثمنا".
(٣) في: أ "المعتق".
(٤) في: ظ "اشترى".
(٥) في: ز "منهما".
(٦) في: أ "عصبا".

ولو مات الأب كما صورنا ثم مات الابن المشتري عن ابن ثم مات العتيق فنصف المال لولد الابن المشتري[١] بولاء أبيه[٢] ونصفه نعمه بولاء أبيه، ولا شيء لحاقد بولاء الجد.

الفرع الرابع: اشترت أختان لا ولاء عليهما أباهما فعتق عليهما

اشترت أختان لا ولاء عليهما أباهما فعتق[٣] عليهما ثم اشترت إحداهما أمهما فعتقت عليها[٤] فلكل واحدة نصف ولاء الأب، ونصف ولاء الأخرى تبعاً لولاء الأب، ولمعتقة الأم الولاء على الأم، وعلى نصف الأخت الأخرى تبعية ولاء الأم هذا هو الأظهر.

وعلى قول ابن سريج رحمه الله لا ولاء لمعتق الأم على من أبوه حرّ، فلا يثبت لمعتقة[٥] الأم ولاء[٦] النصف الآخر من الأخت[٧].

فلو مات الأب، ثم ماتت التي لم تعتق الأم، فمال الأب للبنتين، ثلثاه بالبنوة، والباقي بالولاء، والتي لم تعتق الأم ثلث مالها للأم، ونصفه للأخت بالأخوة، ونصف السدس الباقي بولائها على نصفها لإعتاقها[٨] الأب، ولها نصفه[٩] الآخر على الأظهر، بولائها على نصفه الآخر لإعتاقها[١٠] الأم.

وعلى قول ابن سريج رحمه الله: نصف السدس الآخر لبيت المال، فإن ماتت الأم بعد ذلك[١١] فللبنت الباقية النصف بالبنوة والباقي[١٢] بالولاء، فإنها التي أعتقتها.

---

(١) "عن ابن ثم ... المشتري" ليست في: ظ.
(٢) في: ظ "لولاء"
(٣) في: ز "فتعتق".
(٤) في: أ "عليهما".
(٥) في: أ "لمعتق".
(٦) في: ظ "ولاء على".
(٧) في: ظ "من الآخر".
(٨) في: أ، ب "لاعتاق".
(٩) في: ز ، ظ "نصف".
(١٠) في: أ، ب "لاعتاق".
(١١) في: ظ "بعدها".
(١٢) في: ظ "ونصف الباقي".

ولو ماتت التي أعتقت الأم بعد موت الأب فللأم الثلث، وللأخت النصف بالنسب ونصف السدس الباقي لإعتاقها نصف أبيها، والباقي لبيت المال[١] فإن ماتت الأم بعدها، فللبنت الباقية النصف بالبنوة، والنصف الباقي بالولاء، لأنها معتقة نصف أبي معتقة الأم، وربع الباقي لبيت المال[٢]

الفرع الخامس: نكح عبد حرة أصلية، وأخرى معتقة، فأتت المعتقة بولد ومات

نكح عبدٌ حرةً أصليةً، وأخرى معتقة فأتت المعتقة[٣] بولد، ومات فثلث ميراثه للأم والباقي لمواليها لولائهم عليه، فإن أتت الأصلية بعد ذلك بابن لأقل من ستة أشهر من يوم موته استرد[٤] ما أخذه الموالي، ودفع إليهم، لأن عصبة النسب تتقدم على عصبة الولاء، وإن أتت به لستة أشهر فأكثر[٥] فلا يُسترد، لاحتمال حدوثه بعد ذلك، وليجيء فيه التفصيل[٦] السابق في افتراش الزوج وعدمه.

في "فتاوى القفال" رحمه الله: أن المكاتب إذا اشترى بعض[٧] أبيه يعتق بعتقه، كما يتكاتب عليه مادام مكاتباً، وإذا عتق فلا يقوم عليه الباقي، لأنه يقصد بأداء النجوم عتق نفسه، وعتق الأب يحصل تبعاً بغير قصده واختياره.

وأنه إذا قال لمالك[٨] العبد أعتق عبدك عني على كذا، وهو مستأجر فأعتقه، يجوز قولاً واحداً بخلاف البيع لقوة العتق، وكذا يجوز في العبد المغصوب والغائب إذا علم حياته.

في "فتاوى القاضي الحسين" رحمه الله أنه إذا قال لجاريته "جان بدر"[٩] لايعتق.

---

(١) "بعد ذلك فللبنت ... والباقي لبيت المال" ليست في: ظ.
(٢) من "فإن ماتت الأم ... لبيت المال" ليست في: أ.
(٣) في: ظ "العتيقة".
(٤) في: أ "اشتر".
(٥) في: ظ "وأكثر".
(٦) في: ظ "الفصل".
(٧) في: ب "نصف".
(٨) في: ب "لمكاتب".
(٩) "جان بدر" كلمة فارسية معناها روح الوالد.

ولو قال لعبده "شهر ازادمردي[١] يعتق: وأنه إذا ادعى عبد على سيده العتق عند الحاكم، وحلفه فلما أتم يمينه قال على وجه السخرية قم ياحر. أو قال "ازاد شدى"[٢][٣] [خير][٤] تحكم عليه بالحرية، لما روي أنه ﷺ قال: "ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد"[٥] وعدَّ منها العتاق.

---

(١) "شهره زاد مردي" كلمة فارسية معناها: "رجل حر".

(٢) في: ب، ظ "شرى" وهي جملة.

(٣) "أزاد شدى" جملة فارسية معناها: "تصير حراً".

(٤) "خير" هكذا في جميع النسخ. ولعلها زائدة لأن الكلام لايستقيم معها وا لله أعلم.

(٥) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٠٩/٣. رواه الطبراني من حديث فضالة بن عبيد بلفظ "ثلاث لايجوز اللعب فيهن، الطلاق، والنكاح، والعتق". وفيه ابن لهيعة، ورواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده عن بشر بن عمر، عن أبي لهيعة عن عبيد ا لله بن أبي جعفر، عن عبادة بن الصامت رفعة: "لايجوز اللعب في ثلاث الطلاق والنكاح والعتاق، فمن قالهن فقد وجبن" وهذا منقطع.

وفي الباب عن أبي ذر رفعه: "من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز، ومن أعتق وهو لاعب فعتاقه جائز، ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جائز" أخرجه عبد الرزاق عن إبراهيم بن محمد، عن صفوان بن سليم عنه، وهو منقطع، وأخرج عن علي وعمر نحوه موقوفاً.

وفي هذا رد على ابن العربي، وعلى النووي. حيث أنكرا على الغزالي إيراد هذا اللفظ. ثم قال النووي: المعروف اللفظ الأول بالرجعة، بدل الطلاق.

وقال أبوبكر بن العربي: لايصح قوله: ويروى: بدل العتاق: الرجعة.

قلت: هذا هو المشهور فيه.

وكذا رواه أحمد وأبوداود والترمذي وابن ماجه والحاكم والدارقطني من حديث عطاء عن يوسف بن ماهك عن أبي هريرة باللفظ المذكور أولاً. وفيه بدل العتاق، الرجعة.

قال الترمذي: حسن.

وقال الحاكم: صحيح. وأقره صاحب الإمام وهو من رواية عبد الرحمن بن حبيب بن أدرك. وهو مختلف فيه.

قال النسائي: منكر الحديث، ووثقه غيره فهو على هذا حسن. أ.هـ.

انظر: ابوداود ٢٥٩/٢، من كتاب الطلاق، باب الطلاق على الهزل.

ابن ماجه ٦٥٧/١، من كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً.

الترمذي ٣٦٢/٤، "تحفة الأحوذي ، دار الفكر، من أبواب النكاح، باب ماجاء في الجد والهزل في الطلاق.

والدارقطني ١٩/٤، وبذيله التعليق المغني على الدارقطني.

=

ويحكى أنه جرى ذلك في مجلس ابن أبي ليلى فحكم بالعتاق فأنهى إلى جعفر الصادق[١] رضي الله عنه فقال: لا يعتق، لأن المقصود سلب الحرية كقوله تعالى ﴿ذق إنك العزيز الكريم﴾[٢]. وأنه إذا كانت جاريته حاملاً والحمل مضغة فقال: أعتقت مضغة هذه الجارية كان لغواً، لإن إعتاق مالم ينفخ فيه الروح لايصح.

فرع لو قال: مضغة هذه الجارية حر.

ولو قال: مضغة هذه الجارية حر فهو إقرار بأن الولد انعقد حراً وتصير الأم به أم ولد[٣].

وأنه لو قال لعبده: إن أخذك متغلّبٌ فقل أنا حر، أو قال بالفارسة "اكرتواتر كمانان بكيرند توكو من أزاذم"[٤] لايعتق بهذا وهو كذب.

وكان القاضي يلقن عبيده ذلك.

وكذا لو قال: "من تونام إزادان نهادم"[٥] لايعتق.

فرع لو قال لعبده أعتقك الله أو الله أعتقك.

وأنه لو قال لعبده[٦]: أعتقك الله، أو الله أعتقك، فقد قيل: يفرق بين اللفظين، لأن الأول دعاء، والثاني إخبار.

قال القاضي: وعندي لا يعتق[٧] في الموضعين.

= وأخرجه الحاكم في مستدركه ٢١٦/٢ من كتاب الطلاق ثم قال: "هذا حديث صحيح الإسناد، وعبد الرحمن بن حبيب هذا هو ابن أردك من ثقات المدنيين و لم يخرجاه" أ.هـ.

(١) هو: جعفر بن محمد الباقر بن علي زين العابدين بن الحسين الهاشمي العلوي أبوعبد الله. الملقب "بالصادق" سادس الأئمة الإثنى عشر عند الإمامية كان إماماً من أجلاء التابعين – أخذ منه الإمامان أبوحنيفة ومالك – له رسائل – يقال إنها مجموعة في كتاب، ولد بالمدينة سنة ثمانين – وتوفي بها سنة ثمان وأربعين بعد المائة هجرية، وله من العمر ثمان وستون سنة وأشهراً رضي الله عنه.
انظر ترجمته: شذرات الذهب ٢٢٠/١، والأعلام ١٢٦/٢.

(٢) سورة الدخان، آية ٤٩.

(٣) مكرر: قال النووي في الروضة ١٨٢/١٢ "ينبغي أن لا تصير حتى يقر يوطئها، لأنه يحتمل أنه حر من وطء أجنبي بشبهة" وفي ز "نورامام ازادنهادم".

(٤) جملة فارسية معناها: "إذا أمسك بك التركمان فقل: إني حر".

(٥) جملة فارسية معناها: "لقد أطلقت عليك اسم الأحرار".

(٦) "لعبده" ليست في: ز.

(٧) في: ز "لا عندي".

فرع لو قال من بشرني من عبيدي بقدوم فلان فهو حر

وعن العبادي: أنه يعتق في الموضعين: في[١]"الزيادات" لأبي عاصم العبادي: أنه إذا قال: من بشرني من عبيدي بقدوم فلان، فهو حر، فبعث عبدٌ من عبيده عبداً[٢] آخر ليبشره بذلك فجاء وقال: عبدك فلان ينشدك بقدومه وأخبرني[٣] لأخبرك، فالمبشر هو المرسِلُ دون الرسول.

فرع: لو قال إن اشتريت عبدين في صفقة فلله

وأنه إذا قال: إن اشتريت عبدين في صفقة فلله عليَّ أن أعتقهما فاشترى ثلاثة، وجب إعتاق اثنين لوجود الصفة.

إذا ولدت المزني بها ولداً فملكه الزاني لم يعتق عليه كما لايثبت نسبه.

وعند أبي حنيفة رحمه الله يعتق[٤].

فرع لو قال لعبده أنت حر مثل هذا العبد

رأيت بخط القاضي[٥] أبي المحاسن الروياني رحمه الله في فروعٍ حكاها عن والده وغيره من الأئمة رحمهم الله: أنه إذا قال لعبده أنت حر، مثل هذا العبد، وأشار إلى عبدٍ آخر، يحتمل أن لا تحصل الحرية، لأن حرية[٦] البدن غير ثابتة في المشبه به، فيحمل[٧] على حرية الخلق.

وأنه لو قال: أنت حر مثل هذا، ولم يقل هذا العبد فيحتمل[٨] أن يعتقا[٩]، والأصح[١٠]: أنهما لا يعتقان.

وأنه لو قال لآخر: أنت تعلم أن العبد الذي في يدي حر حكم بعتقه[١١].

---

(١) في: ظ "وفي".

(٢) في: أ "عبد".

(٣) في: ز "فأخبرني".

(٤) مكرر انظر: الهداية ٥٣/٢.

(٥) "القاضي" ليست في: ز.

(٦) في: أ :حريته" قال النووي في الروضة ١٨٤/١٢ "قلت: ينبغي أن يعتق"..

(٧) في: ب "فيحتمل".

(٨) في: أ "فيحمل".

(٩) في: ز "يعتق".

(١٠) في: ظ "الأوضح" قال النووي في الروضة ١٨٤/١٢ "الصواب: هنا عتقهما".

(١١) في: ب "بحريته".

ولو قال: "يظن أنه حر" لم نحكم بعتقه، لأنه لو لم يكن حرا لم يكن المقول لـه[١] عالماً بحريته وقد اعترف السيد بعلمه، وصورة الظن بخلافه.

ولو قال ترى أنه حر، احتمل أن لا يقع، واحتمل أن[٢] تحمل الرؤية علـى العلـم ويقع.

فرع لو ضرب عبد غيره فقال صاحب العبد للضـارب: عبدي غيري حر مثلك

وأنه لو ضرب عبد غيره فقال صاحب العبد للضارب: عبد غيري حر مثلك لا يحكم بالحرية[٣]، لأنه لم يعين[٤] عبده، وأنه إذا أعتق بعض مملوكه يسري إلى الباقي إذا كان قابلاً للعتق إلا في مسألة ذكرها بعض الأصحاب وهي: أنه إذا وكل إنساناً بإعتـاق عبده، فأعتق الوكيل نصفه، ففي حصول العتق في النصف وجهان، وبالحصول قـال أبوحنيفة رحمه الله.

وعلى هذا ففي عتق النصف الثاني وجهان.

أضعفهما: أنه يعتق وبه قال أبوحنيفة رحمه الله: إلا أنه قال يستسعي في الباقي[٥].

وفي "جمع الجوامع" للقاضي الروياني: أنه لو كان بين شريكين عبدٌ فجاء أجنبي، وقال لأحدهما: أعتق نصيبك عني بكذا فأعتقه عنه، فولاؤه للآمر، ويُقَوَّم نصيب الشريك على العتق دون الآمر، لأنه أعتقه لغرض نفسه، وهو الغرض الذي يحصل له.

فرع لو قال أحد الشريكين للآخر أعتق نصيبك عني بكذا فأعتقه عنه

وأنه لو قال أحد الشريكين للآخر: أعتق نصيبك عني بكذا، فأعتقه عنه فولاؤه للآمر، ويقوم نصيب الآمر على المعتق، حكاه عن القاضي الطبري[٦]. والله أعلم.

---

(١) في: ز "عليه".

(٢) في: أ "أنه".

(٣) في: ب "بحريته".

(٤) في: أ "يعتق".

(٥) انظر: الهداية ٢/٥٥، وفتح القدير ٤/٢٦٠.

(٦) "قلت: الصواب في الصورتين أنه لايقوم عليه، لأنه لم يعتق عنه. والله أعلم. ذكره النووي في الروضة ١٢/١٨٥.

كتاب التدبير

وفيه ثلاثة أركان

الركن الأول: في صيغ التدبير.

الركن الثاني: في من يصح تدبيره.

الركن الثالث: في أحكام التدبير.

الباب الأول في أركان التدبير

(قال [الغزالي]: كتاب التدبير والنظر في أركانه وأحكامه.

أما الأركان فهي(١) اللفظ، والأهل، أما اللفظ فصريحه أن يقول(٢): دبرتك أو أنت مدبر أو أنت حر، بعد موتي وقيل: إن لفظ التدبير كنايةٌ، والتدبير المقيد كالمطلق، وهو أن يقول: إن قتلت، أو مت من مرضي هذا فأنت حر، أو أنت حر بعد موتي بيوم، فيعتق بعد موته بيوم، ولا يحتاج إلى الإنشاء.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت مدبر، فلا(٣) يصير مدبراً مالم يدخل الدار.

ولو قال شريكان(٤) إذا متنا، فأنت حر، فلا يعتق شيء(٥) منه بموت أحدهما حتى يموت الآخر، لكن(٦) ليس للوارث بيعه حتى يموت الشريك [كما لو قال: إن دخلت(٧) الدار بعد موتي فأنت حر، فإنه لا يبيعه قبل الدخول، وليس للوارث إبطال(٨) تعليق الميت، كما ليس له إبطال عاريته المضافة إلى مابعد الموت).

[الركن الأول سيغ التدبير]

[قال الرافعي] روي عن جابر رضي الله عنه أن رجلاً دبر غلاماً ليس له مال غيره فقال النبي صلى الله عليه وسلم من يشتريه مني فاشتراه نعيم بن النحام(٩).

---

(١) في: ظ "فهو".
(٢) في: ز "قوله" وليست في: ظ.
(٣) في: أ "لا".
(٤) "إن دخلت الدار ... شريكان" ليست في: ز.
(٥) في: ز ، ط "منه شيء".
(٦) "لكن" ليست في: ظ.
(٧) في: أ "إذا قال: إذا"
(٨) من قوله: "كما لو قال: إن ... ابطال" ليست في: ظ.
(٩) الحديث: متفق عليه من حديث جابر رضي الله عنه.
انظر: البخاري في صحيحه ٢٤/٣، من كتاب البيوع، باب بيع المزايدة، ومسلم في صحيحه بشرح النووي ١٤٢/١١، من كتاب الأيمان، باب جواز بيع المدبر. وانظر التلخيص ٢١٥/٤.
=

والتدبير: تعليق العتق بدبر الحياة ومن لفظه "الدبر" سمي تدبيراً. وقيل: سمي تدبيراً، لأنه دبر أمر دنياه باستخدامه[١] واسترقاقه، وأمر آخرته بإعتاقه، وهذا مردود إلى الأول أيضاً، لأن التدبير في الأمر مأخوذ من لفظ الدبر أيضاً، لأنه نظر في عواقب الأمر وأدباره[٢]، وفي الكتاب نظران:

أحدهما: في أركان التدبير.

والثاني في أحكامه.

أما الأركان فهي:

الصيغة والأهل والمحل وترك ذكر المحل لوضوحه واقتصر على الكلام في الأولين.

أحدهما : الصغية وفيه مسألتان:

إحداهما: ينعقد التدبير بالصريح وبالكناية مع النية، فالصريح، مثل أن يقول: أنت حر بعد موتي، أو أعتقتك، أو حررتك بعد موتي، أو إذا مت، أومتى مت فأنت حر أو عتيق.

فإذا مات عتق.

ولو قال: دبرتك أو أنت مدبر، فالنص أنه صريح[٣] ويعتق العبد، إذا مات،

= وروای الحدیث هو: نعيم بن عبد الله بن أسيد بن عوف القرشي العدوي المعروف بالنحام صحابي "قيل له ذلك، لأن النبي ﷺ قال له: دخلت الجنة فسمعت نحمة من نعيم" "والنحمة هي السعلة، وقيل النحمة: النحنحة الممدودة آخرها" وله مناقب رضي الله عنه. استشهد بإجنادين في خلافة عمر رضي الله عنه وقيل غير ذلك. انظر: الاستيعاب ٥٥٥/٣ و ٥٥٦، والإصابة ٥٦٧ و ٥٦٨.

(١) في: ظ "واستخدامه".

(٢) انظر: تعريف التدبير لغة: معجم اللغة لابن فارس ٣٢٤/٢ و ٣٢٥، ولسان العرب، والمصباح المنير ١٨٨/١، والتعريفات للجرجاني ص ٥٤. والتعريف الإصطلاحي ، ينظر: نهاية المحتاج ٣٧٢/٨، والنظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب ٢٠٩/٢، والمطلع على أبواب المقنع ص ٢١٥، ونهاية المحتاج ٣٧٢/٨.

(٣) انظر: الأم ١٧/٨، والمختصر ص ٣٢٢، والحاوي ١١٤/٢٢، والوسيط ٤٩٥/٧، والتهذيب ٤٠٦/٨، والروضة ١٨٦/١٢، ونهاية المحتاج ٣٧٢/٨.

ونص في الكتاب[١] على أنه إذا قال: كاتبتك على كذا لم يكف[٢] حتى يقول: فإذا أديت فأنت حر، أو ينويه، وفيهما طريقان للأصحاب نقل ناقلون الجواب في كل واحد من العقدين إلى الآخر، وخرجوهما على قولين:

أحدهما: أنهما صريحان لاشتهارهما في معنييهما اشتهار البيع، والهبة، وسائر العقود في معانيها.

والثاني: كنايتان لخلوهما عن لفظ العتق، والحرية، ولا يكاد أن يستعملان عند إنشاء العقد إلا[٣] مع التعرض للحرية.

وأظهرهما الجريان على النصين، وفرقوا بينهما بوجهين. أضعفهما: أن التدبير ظاهر المعنى مشهور عند كل احد والكناية[٤] كمعناها[٥] لا يعرفها إلا الخواص.

والثاني: أن التدبير كان معروفاً في الجاهلية، في معناه والشرع قد قرره، ولا يستعمل في معنى آخر، والكناية تقع على العقد المعلوم، وعلى المخارجة، وهي أن يوظف على العبد الكسوب كل يوم خراجاً، ولا يعتق به، فلابد من التميز باللفظ أو النية[٦].

والكناية: مثل أن يقول: خليت سبيلك بعد موتي، وينوي العتق.

ولو قال: دبرت نصفك، أو ربعك صح.

وإذا مات عتق ذلك الحر، ولم يسر.

ولو قال: دبرت يدك، أو رجلك[٧]. فعن القاضي الحسين رحمه الله: أن[٨] فيه

---

(١) انظر: الأم ٤٧/٨.

(٢) في: ز "لايحصل العتق".

(٣) في: أ "إلا".

(٤) في: ظ "والكتابة".

(٥) في: ز "بمعناها".

(٦) انظر: الروضة ١٨٦/١٢، ومغني المحتاج ٥٠٩/٤.

(٧) في: أ "يديك أو رجليك".

(٨) في: أ "أنه".

وجهين بناء على أن قول القائل: زنا يدك[١]، هل يكون قذفاً؟ ففي وجهٍ يصح، ويكون كله مدبراً وفي وجه يلغو.

وعن "الأم"[٢] أنه لو قال أنت حر بعد موتي، أو لست بحر، لم يصح التدبير، كما لايحصل العتق، إذا قال: أنت حر أو لست بحر، والطلاق إذا قال: أنت طالق، أو لست بطالق.

المسألة الثانية: يصح التدبير مطلقاً وهو أن يعلق العتق بالموت بلا شرط ومقيداً[٣] بشرط في الموت، مثل: أن يقول: إن قتلت، أو مت حتف أنفي أو مت من مرضي هذا، أو في سفري هذا، أو في هذا الشهر، أو في هذا البلد، فأنت حر، فإن مات على الصفة المذكورة فيعتق، وإلا فلا. وفي "جمع الجوامع" للروياني رحمه الله: أنه قال: في "البويطي" إذا قال: أنت حر إن مت من مرضي هذا[٤] أو في سفري هذا، فمات من مرضه، أو في سفره، كان حراً لكنه وصيةٌ، وليس بتدبير.

ونقل القاضي ابن كج رحمه الله: مثله عن النص.

ويمكن أن يكون[٥] هذا مصيرا إلى أن التدبير هو[٦] تعليق العتق بمطلق[٧] الموت، وأنه لاينقسم إلى مطلق ومقيد، والظاهر الأول[٨].

وتظهر فائدة الخلاف[٩] في الرجوع على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ولو قال: إذا مت ومضى شهر أويوم، فأنت حر، أو قال: أنت حر بعد موتي بيوم، فيعتق العبد بعد يوم من موته، ولا يحتاج إلى إنشاء إعتاق بعد الموت.

---

(١) في: ز "هل يدك زنى".
(٢) في: ز "الإمام" وانظر: الأم ٤٧/٨.
(٣) في: ظ "أو مقيداً".
(٤) من قوله: "وفي سفري هذا ... أنت حر إن مت من مرضي هذا" ليست في: ظ.
(٥) "يكون" ليست في: أ.
(٦) "هو" ليست في: ز.
(٧) في: أ "بمطلوب" وهو خطأ.
(٨) انظر: الوسيط ٤٩٥/٧، والتهذيب ٤٠٧/٨، والروضة ١٨٦/١٢، ومغني المحتاج ٥٠٩/٤.
(٩) في: ز "خلاف".

وقال أبوحنيفة[١] رحمه الله: لابد من مباشرة الإعتاق بعد موته بيوم، وكأنه أوصى بإعتاقه. وسياق الكتاب يشعر بعد هذه الصورة من التدبير المقيد، فإنه قال: "والتدبير المقيد كالمطلق، وهو أن يقول: أن قتلت، أو مت من مرضي هذا فأنت حر أو أنت حر بعد موتي بيوم".

وعد الصيدلاني رحمه الله: قوله: "إذا مت ودخلت الدار، فأنت حر".

وقوله في الكتاب: إذا مت ومضى شهر، فأنت حر" من التدبير المطلق من حيث أنه لم[٢] يعتبر في نفس الموت شرطاً.

والذي أورده أكثرهم، منهم الشيخ أبوحامد والقاضيان ابن كج والروياني، وابن الصباغ رحمهم الله: أن ذلك ليس من التدبير المطلق ولا المقيد، وقالوا: مهما علق العتق بصفة بعد الموت كقوله إذا مت وشئت الحرية أو شاء فلان، أو إذا مت ثم دخلت الدار فانت حر، أو أنت حر بعد موتي إذا خدمت ابنى سنة، فذلك ليس بتدبير، وإنما هو كسائر التعليقات.

جواز تعليق التدبير

ويجوز تعليق التدبير، كما يجوز تعليق العتق، وذلك مثل: أن يقول: إذا أو متى دخلت الدار، فأنت حر بعد موتي أو فأنت مدبرٌ، فإذا دخل الدار صار مدبراً، ولا يشترط الدخول في الحال، ولكن يشترط حصوله في حال[٣] حياة السيد[٤] كما في سائر الصفات[٥] المعلق عليها، فلو مات السيد قبل الدخول، فلا تدبير، ويلغو التعليق، إلا أن يصرح فيقول إذا دخلت الدار، بعد موتي أو إذا مت ثم دخلت الدار فأنت حرٌّ، فإنما يعتق بالدخول بعد الموت.

وأبدى الإمام في تعليق العتق بالدخول بعد الموت احتمالاً من طريق المعنى، وذكر أنه رمز إليه القاضي[٦].

---

(١) انظر: الهداية ٦٧/٢.
(٢) في: أ "لا".
(٣) "حال" ليست في: ب، ز.
(٤) في: ب "الموصى".
(٥) في: ظ "التعليقات".
(٦) في: ظ "القاضي إليه".

ولا تشترط[١] المبادرة إليه بعد الموت، بل متى دخل الدار[٢] عتق.

ولو قال: إذا مت ودخلت الدار، فأنت حر، قال في "التهذيب"[٣] يشترط[٤] الدخول بعد الموت إلا أن يريد الدخول قبله.

لو قال الشريكان للعبد المشترك إذا متنا فأنت حر.

ولو قال إذا مت فدخلت الدار وإذا مت فأنت حر إن دخلت الدار، فعلى ما سنذكر في "التعليق بالمشيه". ولو قال الشريكان للعبد المشترك: إذا متنا فأنت حر، فلا يعتق العبد، ما لم يموتا جميعاً، إما[٥] على الترتيب أو معاً. لأنهما علقا عتقه بموتهما.

ثم إن ماتا معاً ففي "الكافي" للروياني رحمه الله: وجه أن الحاصل عتق تدبير، لاتصاله بالموت، والظاهر أنه عتق الحصول[٦] الصفة، لتعلق العتق بموته وموت غيره، والتدبير أن يعلق العتق بموت نفسه[٧].

وإن ماتا على الترتيب، فعن أبي إسحق رحمه الله: أنه لا تدبير أيضاً.

والظاهر: أنه إذا مات أحدهما يصير نصيب الثاني مدبراً لتعلق العتق بموته وكأنه قال: إذا مات شريكي فنصيبي منك مدبر، ونصيب الميت لايكون مدبراً، وهو بين الموتين للورثة[٨] فلهم التصرف فيه بما لايزيل الملك كالاستخدام والإجارة، وليس لهم بيعة، لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك الآخر[٩]، وكذا إذا قال: إن دخلت الدار بعد موتي، فأنت حر، ليس للوارث[١٠] بيعه لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك الآخر.

---

(١) في: أ، ب "وأنه لا يشترط".

(٢) "الدار" ليست في: ظ.

(٣) انظر: التهذيب ٤٠٧/٨.

(٤) في: ز "لا يشترط".

(٥) "إما" ليست في: ز.

(٦) في: أ "الحصول". وفي ب، ظ "بحصول".

(٧) "بموته وموت غيره ... لتعلق العتق" ليست في: ب.

(٨) في: ظ "ملك للورثة".

(٩) "الآخر" ليست في: ز.

(١٠) في: أ "أن يبيعه".

وكذا إذا قال: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر ليس للوارث بيعه بعد الموت[١] وقبل الدخول [٢] إذ ليس له إبطال تعليق الميت، وإن كان له أن يبطله، كما إذا أوصى لإنسان بشيء ومات[٣] لايجوز للوارث بيعه، وإن كان للموصي أن يبيعه.

وكذلك[٤] من أعار[٥] له الرجوع في العارية.

ولو قال أعيروا داري من فلان بعد موتي شهراً وجب تنفيذ وصيته، ولم يملك الوارث الرجوع عن هذه العارية.

هذا أظهر الوجهين. وفي الصورتين وجه آخر ينسب إلى صاحب "التقريب" رحمه الله: أن للورثة بيعه، لأن أحد شرطي العتق لم يوجد، فصار كما إذا قال: إن أكلت هذين الرغيفين، فأنت حر، فأكل أحدهما لايمتنع بيعه.

وفي كسب العبد بين موتهما وجهان:

أحدهما: أنه معدود من تركة الميت.

وأظهرهما: أنه للوارث خاصة، وربما بني الوجهان على الخلاف في جواز البيع، إن جوزناه، فهو للوارث، وإلا فمن التركة.

وإذا عرفت ماذكرناه فلك أن تعلم قوله في الكتاب: "وقيل: إن لفظ التدبير كناية" بالواو للطريقة القاطعة.

ويجوز أن تعلم قوله: "والتدبير المقيد كالمطلق" بالواو[٦] لما سنذكر في الرجوع عن التدبير.

وقوله: "ولا يحتاج إلى الإنشاء "بالحاء: وقوله: "ولكن ليس للوارث بيعه" بالواو.

---

(١) من قوله "لأنه صار ... بعد الموت" ليست في: أ، ب.

(٢) "إذ" ليست في: أ .

(٣) "ومات" ليست في: أ.

(٤) في: ب، ز "وكذا".

(٥) في: ظ "أجاز".

(٦) "بالواو" ليست في: أ، ب، ظ.

وكذا قوله: "فإنه لا يبيعه قبل الدخول" وقوله: "كما لو قال: إن دخلت الدار بعد موتي" إلى آخره ليس أصلا متفقاً عليه"

فرع: عن نصه رضي الله عنه في الأم[١] أنه لو قال الشريكان للعبد: أنت حبيس على آجرنا موتاً، فإذا مات عتقت فهو كما لو قالا: إذا متنا فأنت حر إلا أن هناك المنفعة بين الموتين تكون[٢] لورثة الأول وههنا هي للآخر وكذلك الكسب، وكان أولهما موتاً أوصى[٣] لآخرهما موتاً. ولو قال أحد الشريكي:ن إذا مت فأنت حر، فإذا مات عتق نصيبه، ولم يسر.

(قال [الغزالي]: ولو قال أنت مدبر إن شئت، صار مدبراً إن شاء على الفور، ولو[٤] قال متى شئت لم يشترط الفور، لكن لابد من المشيئة في الحياة، إلا إذا قال إن شئت [بعد الموت فلا يشترط الفور بعد الموت[٥].

ولو قال: إذا مت فأنت حر[٦] إن شئت فتكفي مشيئته في الحياة][٧] في وجه، وتكفي مشيئته بعد الموت[٨] في وجه ولابد منهما في وجه.

ولو قال: إن رأيت العين[٩] فأنت حر، عتق بكل ما يسمى عيناً).

[فصل: في تعليق التدبير بالمشيئة]

[قال الرافعي] إذا قال لعبده: أنت حر إن شئت، فإنما يعتق إذا شاء على الفور، كما لو قال لامرأته: أنت طالق إن شئت.

---

(١) انظر: الأم ٢٣/٨.
(٢) "تكون" ليست في: ظ.
(٣) مكرر: في أ "أوصى بها".
(٤) في: أ، ظ "وإن".
(٥) "بعد الموت " ليست في: ظ.
(٦) "فأنت حر" ليست في: ظ.
(٧) بعد الموت ... فيكفي مشيئته في الحياة" ليست في: أ.
(٨) في: ظ "بعد موته".
(٩) "العين" ليست في: ظ.

وعن صاحب "التقريب" والشيخ أبي علـى روايـة[١] وجـه: أن الفـوز لا يشـترط كما لو قال: إن دخلت الدار.

وهذا الوجه جار في الطلاق، وقد ذكرناه هناك[٢].

ولو علق التدبير بمشيئة العبد فقال: أنت مدبر، إن شئت، أو: دبرتـك إن شئت، أو قال: إن شئت فأنت مدبر أو: فأنت حر إذا مت، أو متـى مـت فـلا يصـير مدبـراً إلا بالمشيئة، والظاهر اشتراط الفور[٣] فيها وفيه الوجه الضعيف.

ولو قال: متى شئت، أو مهما شئت، فلا يشترط الفور، ويصير مدبراً متى شـاء، وفي الحالتين تشترط المشيئة في الحياة كسائر الصفـات المعلـق عليهـا، إلا إذا علـق صريحـاً بالمشيئة بعد الموت، فإنما يحصل العتق بمشيئته بعـد المـوت ولا يمنـع الإبـاء في الحيـاة مـن المشيئة بعد الموت[٤]، واقتصر على قوله: إن شئت وقال: أردت بعد الموت، فالمذكور في الكتاب: "أنه لا يشترط الفوز بعد الموت، لأنها إذا تأخرت عن الخطاب، واعتبر وقوعها بعد الموت، لم يكن لاشتراط[٥] اتصالها بالموت معنى، ولذلك لا يشترط في قبول الوصية.

ونفى الإمام الخلاف في ذلك، لكن في "التهذيب" وغيره ذكر وجهـين، فيمـا إذا قال: إذا متُّ وشئت بعد موتي[٦]، فأنت حرٌ، أن المشيئة تكون على الفـور، أو الـتراخي والصورة كالصورة.

ولو قال: إذا مت فشئت[٧]، فأنت حر فهل يشترط اتصـال المشـيئة بـالموت؟ فيـه وجهان:

أحدهما: لا كما لو قال: أنت حر بعد موتي إن شئت، وأراد ايقاع المشيئة بعـد الموت.

---

(١) "رواية" ليست في: أ .
(٢) انظر: الوجيز ٦٨/٢.
(٣) مكرر انظر: الروضة ١٨٩/١٢.
(٤) من قوله: "فإنما يحصل ... بعد الموت" ليست في: ظ.
(٥) في: ب "في شرائط".
(٦) في: ز "بعد الموت".
(٧) في أ، ب، ز "وشئت".

والثاني: نعم- لأن "الفاء" تقتضي التعقيب من غير تخلل فصل، والأول أصح عند الصيدلاني.

وبالثاني: أجاب الأكثرون رحمهم الله: ويجري الخلاف في سائر التعليقات، مثل أن يقول: إن دخلت الدار، وكلمت[1] زيداً فأنت طالق، هل يشترط اتصال الكلام بالدخول؟ ولو قال: إذا مت فمتى شئت فأنت حر، فلا يشترط اتصال المشيئة بالموت بلا خلاف.

ولو قال: إذا مت فأنت حر أن شئت، أو إذا شئت، أو قال: أنت حر إذا مت إن شئت يحتمل أن يراد بهذا اللفظ المشيئة في الحياة، ويحتمل أن يراد به المشيئة بعد الموت، فيراجع، ويعمل بمقتضى إرادته، فإن قال أطلقت و لم أنو شيئاً، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يحمل اللفظ على المشيئة في الحياة، لأن قوله: إذا مت فأنت حرٌ بمثابة قوله: دبرتك.

ولو قال: دبرتك إن شئت، أو إذا شئت، اعتُبِرتْ المشيئة في الحياة، فكذلك ههنا فعلى هذا يكفي للعتق المشيئة في حياة السيد ويعتبر أن يشاء على الفور على الظاهر.

والثاني: أنه يحمل على المشيئة بعد موت السيد، لأنه أخر ذكر المشيئة، عن ذكر الموت، فالسابق إلى الفهم منه المشيئة بعد الموت.

وهذا ما أجاب به أكثرهم، منهم أصحابنا العراقيون، وشرطوا أن تكون المشيئة بعد الموت على الفور.

وقضية ماذكر في الكتاب من قبل أن لا يشترط الفور.

والثالث: أنه لايحصل العتق إلا أن يشاء في الحياة ويشاء بعد الموت أيضاً، لأن اللفظ متردد بين المعنيين، فما لم[2] يتحققا لا تحصل الثقة بالعتق[3]، وليجر هذا الخلاف في سائر التعليقات، مثل أن يقول: إذا دخلت الدار فأنت طالق، إن كلمت فلاناً أيعتبر

---

(١) في: أ "فكلمت".

(٢) في: ب "فإن لم". وفي ظ: "مالم".

(٣) "بالعتق" ليست في: ز.

الكلام بعد الدخول أم قبله؟ قال الإمام ونشأ من هذا المنتهى إشكال في شئ وهو: أن الرجل لو قال لعبده: إن رأيت عيناً[1] فأنت حر، والعين اسم مشترك بين الباصرة، وعين الماء، والدينار، وأحد الأخوة من الأب والأم و لم ينو المعلق شيئاً، فهل يعتق العبد إذا رأى شيئاً منها؟ فيه تردد، والوجه الحكم بأنه يعتق، وبه يضعف اعتبار المشيئتين في مسألة المشيئة.

ولك أن تقول: إن لم تكن المسألة، وزان المسألة، فلا إلزام، وإن كانت على وزانها فليحصل العتق بالمشيئة في الحياة وحدها[2]. وبالمشيئة بعد الموت وحدها كما في مسألة العين وهذا[3] وجه وراء الوجوه الثلاثة.

ثم الأشبه أن اللفظ المشترك لا يراد به جميع معانيه، ولا يحمل عند الإطلاق على جميعها، ويمكن أن يؤمر بتعيين أحدهما، ومهما اعتبر في[4] المشيئة بعد الموت الفور[5]، فأخرها بطل التعليق، وإذا لم يعتبر الفور، كما لو قال: فأنت حر متى شئت، فعن القاضي أبي حامد رحمه الله: أنه تعرض عليه المشيئة، فإن امتنع، فللورثة بيعه، وكذا لو علق بدخول الدار وغيره بعد الموت، يعرض عليه الدخول، وهذا كما أنه يقال للموصى له: إما أن تقبل، وإما أن ترد.

وهل للورثة بيعه قبل المشيئة، وعرضها عليه[6]؟ فيه الخلاف المذكور في الفصل السابق. وليعلم من لفظ الكتاب قوله "على الفور" بالواو.

وكذا قوله "ولا يشترط[7] الفور بعد الموت" وقوله: "عتق بكل مايسمى عيناً" وقد أشار في "الوسيط"[8] إلى الخلاف فيه كما أبدى الإمام رحمه الله التردد.

---

(١) في: ب "العين".
(٢) في: أ "في وجه".
(٣) في: أ "هذا".
(٤) "في" ليست في: ب.
(٥) "الفوز" ليست في: ظ.
(٦) "عليه" ليست في: ز.
(٧) في: ظ "يسقط".
(٨) انظر: الوسيط ٤٩٦/٧. وانظر: الروضة ١٩٠/١٢.

فروع: لو قال[١]: إن شاء فلان وفلان فعبدي حر بعد موتي لم يكن مدبراً إلا إذا شاءا جميعاً.

ولو قال: إذا مت فشئت، فأنت مدبر، فهذا لغو، لأن التدبير لايحصل بعد الموت.

وكذا لو قال: إذا مت فدبروا هذا العبد.

ولو قال: إذا مت فعبد من عبيدي حر، ومات ولم يبين، أقرع بينهم. وعن نصه في "الأم" أنه لو قال: إذا قرأت القرآن بعد موتي فأنت حر لا يعتق إلا بقراءة جميع القرآن.

ولو قال: إذا قرأت قرآنا يعتق بقراءة بعض القرآن، والفرق التعريف والتنكير.

(قال [الغزالي]: الركن الثاني الأهل: فلا[٢] يصح التدبير من المجنون وغير المميز، ومن المميز قولان، ومن السفيه ينفذ، وقيل: قولان، ومن المرتد يبنى على أقوال الملك، وإن دبره[٣] ثم ارتد لم يبطل. وقيل يبنى على أقوال الملك[٤] وإذا بطل فإن أسلم، عاد.

وقيل: يبتنى على عود الحنث، وإذا مات مرتداً، وقلنا: يصح تدبيره نفذ من الثلث، وإن كان المال للفيء[٥].

والكافر يصح تدبيره، ولكن لو أسلم مدبره يباع عليه في قول، وفي قول يستكسب له كالمستولدة، والمكاتب كالمستولدة.

وقيل: كالمدبر، وإذا[٦] دبر نصيبه[٧] من عبد مشترك لم يسر إلى الباقي).

---

(١) "وكذا لو قال: إذا مت فدبروا هذا العبد" ليست في: ظ.

(٢) في: ز ، ظ "ولا".

(٣) في: ب، ظ "دبَّر".

(٤) من قوله "وإن دبره ... على أقوال الملك" ليست في: ز.

(٥) في: ظ "للذمي".

(٦) في أ "وإن".

(٧) في: ظ "نصفه".

[الركن الثاني: من يصح تدبيره].

[قال الرافعي]: الفصل يشتمل على صور

إحداهما: لا يصح تدبير المجنون والصبي الذي لايميز، وفي تدبير الصبي المميز قولان، كما في وصيته، وقد ذكرناهما في "الوصية"[(١)] والأظهر المنع وبه قال المزني[(٢)].

وعن نصه في "البويطي" أنه قال: إن ثبت حديث عمر رضي الله عنه فتدبيره جائز، وإلا فلا، والحديث مما روي عن عمر رضي الله عنه "أنه أجاز وصية غلام له عشر سنين"[(٣)] وعن مالك رحمه الله روايتان كالقولين والأشهر الجواز[(٤)].

وإذا صححنا تدبيره فيصح رجوعه عنه بالقول، إن قلنا: إن التدبير يقبل الرجوع بالقول. وفي "تعليقة" إبراهيم المروذي رحمه الله: فيه وجه آخر.

وإن قلنا: لايمكن الرجوع عنه بالقول، لم يصح منه التصرف الذي يحصل به

---

(١) انظر: الوجيز ٢٦٩/١.

(٢) انظر: المختصر ص ٣٢٣، والحاوي ١٥٨/٢٢، والوسيط ٤٩٧/٧، والروضة ١٩١/١٢، ومغني المحتاج ٥١٠/٤.

(٣) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٩٣/٣: "إن غلاماً من غسان حضرته الوفاة، وله عشر سنين، فأوصى لبنت عم له، وله وارث، فرفعت القصة إلى عمر، فأجاز وصيته". مالك من حديث عمرو بن سليم الزرقي: أنه قال لعمر بن الخطاب: إن ههنا غلاماً لم يحتلم من غسان، ووارثه بالشام، وهو ذو مال، وليس له هاهنا إلا ابنة عم، فقال عمر: فليوص لها - الحديث، ورواه أيضاً من وجه آخر وفيه: أن الغلام كان ابن اثنتي عشرة سنة، أو عشر سنين.
قال البيهقي: علق الشافعي القول بجواز وصية الصبي، وتدبيره بثبوت الخبر عن عمر، لأنه منقطع. وعمرو بن سليم لم يدرك عمر.
قلت: ذكره ابن حبان في ثقاته: أنه كان يوم قتل عمر جاوز الحلم.
وكأنه أخذه من قول الواقدي: أنه كان حين قتل عمر راهق الاحتلام" أ.هـ.
انظر: موطأ مالك ٧٦٢/٢ - من كتاب الوصية - باب جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه.
وانظر: البيهقي في سننه ٤٦١/٦، من كتاب الوصايا، باب ماجاء في وصية الصغير.

(٤) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٥، ومواهب الجليل مع التاج والإكليل ٣٤١/٦.

الرجوع[١]، ولكن[٢] يقوم الولي في ذلك مقامه، فإذا رأى المصلحة في بيعه باعه وأبطل التدبير.

وفي تدبير السفيه المحجور عليه طريقان.

أظهرهما: وبه قال ابن سريج وأبوإسحق وابن سلمة وغيرهم رحمهم الله: القطع بصحته، لأنه صحيح العبادة، ولا ضرر عليه في التدبير.

والثاني: وبه قال أبوالحسين بن القطان رحمه الله: أنه على القولين في تدبير الصبي المميز.

وعن "المنهاج" للشيخ أبي محمد: أنَّ ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه: يوافق هذه الطريقة.

وإذا قلنا بالصحة فرجوعه كما ذكرنا في حق الصبي وتدبير المفلس، المحجور عليه كإعتاقه، وقد سبق في "التفليس" [٣]وفي تدبير السكران الخلاف المذكور في سائر تصرفاته[٤].

الثانية: تدبير المرتد يبنى[٥] على الأقوال في ملكه إن قلنا: إن ملكه باق صح تدبيره، وبه قال المزني[٦] رحمه الله[٧]، وإن قلنا زائل لم يصح.

وإن قلنا موقوف فالتدبير أيضاً موقوف[٨] إن عاد إلى الإسلام بانت صحته، وإن هلك على الردة بان فساده.

وفي طريقة الصيدلاني رحمه الله: قول آخر: أنه يبطل التدبير.

---

(١) في: أ "بالرجوع".

(٢) "ولكن" ليست في: أ.

(٣) الذي سبق في التفليس هو القطع بصحة التدبير، وأما عتقه فلا يصح. انظر الوجيز ١/١٧٠.

(٤) أي السكران المتعدي بسكره. فيه خلاف. انظر: الوجيز ١/١٩٥ و ٢/٥٧.

(٥) "يبنى" ليست في: ز.

(٦) قوله "إن قلنا: إن ملكه باقٍ صح تدبيره، وبه قال المزني" ليست في: ظ.

(٧) انظر: المختصر ص ٣٢٢. وانظر: الحاوي ٢٢/١٣٧.

(٨) "فالتدبير أيضاً موقوف" ليست في: أ.

وإن قلنا: إن الملك موقوف.

ثم عن أبي الطيب ابن سلمة رحمه الله: أن البناء على الأقوال فيما إذا حجر القاضي عليه.

فأما قبل الحجر فيصح تدبيره بلا خلاف.

وعن أبي إسحق: أن الأقوال فيما قبل الحجر فأما إذا حجر[١] عليه، فلا يصح تدبيره بلا خلاف وعن غيرهما طرد الأقوال في الحالتين وقد ذكرنا في "باب الردة" أن صاحب "التهذيب" رحمه الله: جعل قول الوقف أصح.

ويروي بعضهم أن[٢] الشافعي رضي الله عنه "قال أشبه الأقوال بالصحة زوال الملك بنفس الردة، وبه أقول". ولو دبر عبداً ثم ارتد ففيه ثلاثة طرق أحدها وبه قال: أبوإسحق رحمه الله: القطع بأن التدبير، لا يبطل، وإذا هلك على الردة عتق العبد، والمعنى فيه صيانة حق العبد[٣] عن الفوات كما تُصان حقوق الغرماء. وأيضاً فإن الردة تؤثر في العقود المستقبلة دون الماضية، ألا ترى أن الرِّدة بعد البيع والرهن والهبة لا تبطلها، ونظم الكتاب يقتضي ترجيح هذا الطريق.

وكذلك ذكر القاضي ابن كج، والعراقيون من الأصحاب رحمهم الله.

و[٤]الثاني: وبه قال أبو الطيب بن سلمة: إنه يبنى على أقوال الملك، إن قلنا ببقاء ملكه فالتدبير بحاله.

وإن قلنا: بزواله بطل التدبير، فلا يعتق العبد إذا هلك السيد على الردة، وإن قلنا: إنه موقوف فيتوقف في بقاء التدبير أيضاً.

والثالث: القطع ببطلانه، لأنه لو بقي لعتق العبد بموته مرتداً وعتق المدبر ينفذ من الثلث، وما ينفذ من الثلث يشترط فيه بقاء الثلثين للورثة، ومال المرتد لا يصر إلى الورثة

---

(١) "وعن أبي إسحاق أن ... فلا يصح تدبيره بلا خلاف" ليست في: ز ، ط.

(٢) في: ظ "عن الشافعي". وانظر: الأم ٢٣/٨.

(٣) في: ز "العبد حق".

(٤) "و" ليست في: أ.

بل هو فَيءٌ، وهذا ضعيف.

والقول: بأن ماينفذ من الثلث يشترط فيه بقاء الثلثين للورثة ممنوع بل الشرط سلامة الثلثين للمستحقين، وهم الورثة تارة، وغيرهم أخرى، ومن قال بالطريقة الثالثة أبطل الوصايا بالردة أيضاً.

التفريع: إن قلنا[١] ببطلان التدبير، فلو عاد المرتد إلى الإسلام عاد ملكه، وهل يعود التدبير؟ فيه طريقان.

أحدهما: نعم، لأن زوال ملكه لم يكن زوال[٢] إثبات، فإذا عاد فكأنه لم يزل[٣]، وهذا كما أن العصير المرهون إذا تخمر يزول[٤] الملك، والرهن فيه، وإذا عاد خلاً[٥] يعودان[٦].

والثاني: أنه على قولي عود الحنث وهو بمثابة ما لو باع المدبر، ثم عاد إلى ملكه، وهذا ما أورده في "التهذيب" والأول أشبه ونظم الكتاب يقتضي ترجيحه، وإن قلنا ببقاء التدبير عتق المدبر من الثلث، وجعل الثلثان فيئاً، وفي "الكافي" ذكر وجه أن جميعه يعتق، وإن رعاية الثلث والثلثين تختص بالميراث، ويقال: إنه اختيار صاحب "الحاوي" رحمه الله.

ويجوز أن يعلم لهذا قوله في الكتاب "من الثلث" بالواو.

فلو[٧] ارتد المدبر قتل، كالقن لكن لا يبطل التدبير كما لا يبطل حق عتق المستولدة والمكاتب بالردة.

فلو مات السيد قبل قتله، عتق، ولو التحق المرتد بدار الحرب فسق فهو على

---

(١) "قلنا" ليست في: أ.
(٢) في: ز "يزول".
(٣) في: ظ "لم يعد".
(٤) في: ظ "لايزول"
(٥) "خلاً" ليست في: ز.
(٦) في: ز "يعود".
(٧) "ولو" ليست في: أ.

تدبيره، ولا يجوز استرقاقه، لأنه إن كان السيد حياً فهو له، وإن مات السيد[١] فولاؤه له، فلا يجوز إبطاله، فإن كان السيد ذمياً ففي جواز استرقاق معتقه خلاف سبق[٢] في موضعه ولو استولى الكفار على مدبر مسلم، ثم عاد إلى يد المسلمين فهو مدبر كما كان.

الثالثة: الكافر الأصلي يصح تدبيره وتعليقه العتق بصفةٍ[٣] كما يصح استيلاده، ولا فرق بين الكتابي والمجوسي، والوثني، ولا بين الذمي والحربي ولا يمنع الكافر من حمل مدبره ومستولدته الكافرين إلى دار الحرب، سواءً جرى التدبير والاستيلاد في دار الحرب[٤]، ثم دخل دار الإسلام بأمان أو جريا[٥] في دار الإسلام، وليس له حمل مكاتبه الكافر قهراً لظهور استقلاله، وإذا دبر الكافر عبده الكافر ثم أسلم العبد. نظِرَ: إن رجع السيد عن التدبير بالقول وجوزناه[٦] بيع عليه، وإلا ففي بيعه عليه قولان منصوصان في "الأم"[٧].

أحدهما: وبه قال مالك[٨] واختاره المزني[٩] رحمهما الله: أنه يباع عليه وينقض التدبير، لأن في بقاء ملكه فيه إذلالاً للمسلم ولا يؤمن أيضاً أن يستخدمه ويستذله.

وأصحهما: وبه قال أبوحنيفة[١٠] رحمه الله أنه لا يباع[١١] ويبقى التدبير لتوقع الحرية، ولكن يخرج من يده، ويجعل في يد عدل، ويصرف كسبه إليه كما لو أسلمت

---

(١) في: أ "وإن كان سيا" وهو خطأ.

(٢) "سبق" ليست في: ظ.

(٣) في: أ "نصفه". وهو خطأ.

(٤) "سواء جرى ... في دار الحرب" ليست في: ظ.

(٥) في: ظ "أو جرينا".

(٦) في: ظ "وجوزنا".

(٧) انظر: الأم ٢٣/٨.

(٨) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٥.

(٩) انظر: المختصر ص ٣٢٣.

(١٠) انظر: الهداية ٦٧/٢.

(١١) انظر: الحاوي ١٥٦/٢٢، والوسيط ٤٩٩/٧، والتهذيب ٤١٨/٨، والروضة ١٩٣/١٢، ومغني المحتاج ٥١٢/٤.

مستولدته، وإن خرج سيده إلى دار الحرب أنفق من كسبه عليه، وبعث ما فضل إلى السيد، فإذا مات عتق من الثلث، فإن بقي منه شيء[١] للورثة، بيع عليهم.

ولو أسلم مكاتب الكافر ففيه طريقان.

أولاهما: القطع بإبقاء الكتابة وبأنه لا يباع، لانقطاع سلطنة السيد عنه، واستقلاله بالكتابة، وإن[٢] عجز عن أداء النجوم فعجَّزه السيد فحينئذ يباع عليه.

والثاني: أنه على القولين في المدبر.

وقوله في الكتاب "والمكاتب كالمستولدة" يعني في أنه لا يباع لا ف[٣]ي الاستكساب المذكور[٤] في صورة المدبر.

الرابعة: إذا دبر أحد الشريكين نصيبه من العبد المشترك فظاهر المذهب وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يسري ولا يقوم عليه نصيب الشريك، لأن التدبير لا يمنع البيع، فلا يقتضي السراية كما لو علق عتق نصيبه بصفة، وأيضاً فالتدبير إما وصية للعبد بالعتق أو تعليق عتق نصفه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى. وكل واحد منهما بعيدٌ عن السراية، وعلى هذا فلو مات المدبر، وعتق نصيبه لم يسر إلى نصيب الشريك أيضاً، لأن الميت معسر بخلاف ما إذا علق عتق نصيبه بصفةٍ ووجدت الصفة وهو موسر يعتق نصيبه ويسري وفيه قول آخر.

ومنهم من يقول: وجه، وبه قال مالك رحمه الله: أن التدبير يسري ويقوم عليه نصيب الشريك، لأن التدبير يوجب استحقاق العتق بالموت فصار كالاستيلاد ومن نصر المذهب قال الاستيلاد كالإتلاف، لأنه يمنع البيع، ولا سبيل إلى دفعه، والتدبير[٥] بخلافة، وإذا دبر بعض عبده الخالص صح، ولا سراية على ماسبق. هذا ظاهر المذهب.

ومن قال بالسراية إلى نصيب الشريك فأولى أن[٦] يقول بالسراية ههنا.

---

(١) في: ظ "شئ منه".
(٢) في: ز "فإن".
(٣) مكرر في ظ "لأن في".
(٤) في: أ "المذكورة".
(٥) في: ظ "بخلافه التدبير".
(٦) في: ز "بأن".

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: "لم يسر إلى الباقي" مع الميم والواو بالحاء لأن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا دبر أحدهما نصيبه يخير الشريك بين أن[1] يضمنه القيمة وبين أن يستسعي العبد وبين أن يدبر نصيبه أو يعتقه.

(١) "أن" ليست في: أ.

[الباب الثاني في أحكام التدبير]

(قال [الغزالي]: النظر الثاني في أحكامه وله حكمان الأول ارتفاعه ويرتفع التدبير بخمسة[١] أمور[٢]:

الأول: إزالة الملك: وله أن يبيع المدبر، فإن عاد الملك، فهل يعود التدبير؟ فيه خلاف).

[الفصل الأول: إزالة الملك]

[قال الرافعي] مقصود النظر بيان حكمين:

أحدهما: ارتفاع التدبير بعد صحته.

والثاني: سرايته إلى الولد.

أما الأول: فقد فقذ ذكر أن التدبير يرتفع بخمسة أمور:

أحدها: إزالة له الملك: ويجوز للسيد إزالة الملك[٣] عن المدبر بالبيع، والهبة، والوصية، وغيرها، سواء كان التدبير مطلقاً أو مقيداً، خلافاً لأبي حنيفة[٤] رحمه الله في المطلق ولمالك[٥] رحمه الله في المطلق والمقيد معاً وعن أحمد[٦] رحمه الله روايتان: إحداهما كمذهبنا، والأخرى أن له بيعه للدين.

واحتج الأصحاب رحمهم الله بالخبر المذكور في صدر الباب[٧] وقالوا: إن النبي ﷺ باعه بإذن سيده، إلا أن الراوي لم يتعرض له، لأن مقصوده من سياق الخبر بيان أن بيع المدبر جائز في الجملة.

---

(١) "بخمسة" ليست في: ظ.

(٢) "ارتفاعه ... الأول" ليست في: ز.

(٣) "ويجوز للسيد إزالة الملك". ليست في: ز.

(٤) انظر: الهداية ٢/٦٧.

(٥) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٥.

(٦) انظر: المقنع ص ٢٠٠، والمغني ٤١٩/١٤.

(٧) انظر: ص١٠٩٩

ومنهم من قال: باعه للدين، وللإمام بيع ملك الغير بغير إذنه للدين[١].

ويروى[٢] أن رجلاً من الأنصار أعتق عبداً له عن دبر منه لا مال له غيره، وعليه دين فبلغ ذلك النبي ﷺ فباعه وقضى الدين منه ودفع الفضل إليه[٣].

وبما روي أنَّ عائشة رضي الله عنها باعت مدبرة لها سحرتها[٤]. ولم ينكر ذلك أحد من الصحابة رضي الله عنهم ولا خالفها. وبأن عتقه تعلق[٥] بصفة، انفرد السيد بالتعليق بها[٦] فيتمكن من بيعه كالمعلق عتقه بدخول الدار، واحترزوا بقولهم: انفرد السيد بالتعليق به عن الكتابة، وفرقوا بين التدبير، والاستيلاد، بأن سبب العتق في الاستيلاد آكد، وأقوى ألا ترى أنه لايعتبر من الثلث، ولا يمنع منه الدين بخلاف التدبير، وإذا زال الملك عن المدبر ببيع وغيره، ثم عاد إلى ملكه فهل يعود التدبير[٧] يبنى على أن التدبير، وصية للعبد، بالعتق أو هو تعليق عتق بصفة؟ وفيه قولان:

القديم، وأحد قولي الجديد أنه وصية، لأنه تبرع بعد الموت فعتُبر من الثلث.

والثاني: من قولي الجديد: أنه تعليقُ عتقٍ بصفةٍ. كما لو علق بموت الغير.

ونوضحه: أنه لا يفتقر إلى إحداث تصرف بعد الموت بخلاف الوصية.

فما[٨] الأظهر من القولين؟ اختيار المزني[٩] رحمه الله: الأول وإلى ترجيحه ذهب القاضيان أبو الطيب والروياني، والموفق بن طاهر[١٠].

---

(١) "للدين" ليست في: ظ.

(٢) في: ز "وروى".

(٣) الحديث سبق ص١٠٩٩.

(٤) أخرجه الشافعي في مسنده ٦٧/٢، والبيهقي، من كتاب القسامة، باب من لايكون سحره كفراً ١٣٧/٨. وعبد الرزاق في مصنفه ١٨٣/١٠، من كتاب اللقطة، باب قتل الساحر. وانظر: تلخيص الحبير ٢١٦/٤.

(٥) في: ب، ظ "تعليق".

(٦) في: ز "بها".

(٧) "التدبير" ليست في: أ.

(٨) في: أ "وأما".

(٩) انظر: المختصر ص ٣٢٣. وانظر: الروضة ١٩٤/١٢.

(١٠) سبقت ترجمته ص٥٨٥.

والأكثرون رجحوا الثاني.

ومنهم الشيخ أبوحامد، ومن تابعه والقاضي ابن كج رحمهم الله وقالوا: إنه المنصوص في أكثر كتبه الجديدة وبه قال أبوإسحق المروزي.

فإن قلنا: إنه وصية فإذا[١] عاد الملك لايعود التدبير كما لو أوصى بمال وباعه ثم عاد إلى ملكه لاتعود الوصية[٢].

وإن قلنا[٣] تعليق عتق، فهو على الخلاف في عود الحنث، وقد مر أن الأقوى من هذا الخلاف أنه لايعود الحِنْثُ ويخرج مما ذكرنا أن الأظهر أنه[٤] لايعود التدبير.

(قال [الغزالي]: الثاني: أن له صريح الرجوع إن قلنا: إنه وصية، وإن قلنا: إنه تعليق، فلا.

ولو قال: أعتقوه عني فله الرجوع. ولو قال: إذا متُّ فدخلت[٥] الدار، أو لبست[٦] فأنت حر، فهو تعليق، ولا رجوع عنه[٧] بالصريح، ولا ينقطع التدبير بالاستيلاد، لأنه يوافقه، بخلاف الوصية.

وقوله: إن دخلت الدار فأنت مدبرٌ رجوع عن التدبير المطلق)[٨].

[الفصل الثاني: هل يجوز الرجوع عن التدبير]

[قال الرافعي] هل يجوز الرجوع عن التدبير[٩] بصريح الرجوع مثل أن يقول: رجعت عنه[١٠] أو فسحته أو نقضته أو أبطلته، أو رفعته يبنى ذلك على الخلاف الذي

(١) في: ظ "فإن".
(٢) "لاتعود الوصية" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) في: ز "قلنا إنه".
(٤) "أنه" ليست في: ز.
(٥) في: ز "أو شئت".
(٦) في: ز "أو شئت".
(٧) في: ظ "منه".
(٨) في: أ ، ظ "الذي سبق التدبير المقيد" وهو زائد.
(٩) في: أ "التدبير سبق".
(١٠) "مثل أن يقول رجعت عنه" ليس واضحاً في: ز.

ذكرناه آنفاً إن قلنا: إن التدبير وصية فيجوز، وإن قلنا: تعليق عتق بصفة، فلا كما في سائر التعليقات.

والخلاف مطردٌ في التدبير المطلق والمقيد على أظهر الطريقين.

ومنهم من خصص الخلاف في التدبير المطلق، وقطع في المقيد بمنع الرجوع، لأنه لا يتعلق بمطلق الموت فهو بسائر التعليقات أشبه، ولا خلاف في أنه لو قال: أعتقوا فلاناً عني إذا متُّ، يجوز الرجوع عنه بصريح لفظ الرجوع كما في سائر الوصايا، ولا في أنه إذا ضمَّ إلى الموت صفة أخرى فقال: إذا مت فدخلت الدار أو لبست، فأنت حرٌّ، لا يجوز الرجوع باللفظ[1]، وإنما القولان[2] في التدبير. واحتج المزني رحمه الله لجواز الرجوع عنه بأنه قد نص على أنه لو قال: إن[3] أديت بعد موتي إلى ورثتي كذا فأنت حر، كان ذلك رجوعاً حتى لا يعتق إلا إذا أدى ماذكره.

وأنه[4] لو وهب[5] المدبر، ولم يقبضه حصل الرجوع. وأجاب الأصحاب رحمهم الله عن الأول: بأن ماذكره تفريع منه على قول جواز الرجوع لفظاً فإن لم نجوزه لم يكن ذلك رجوعاً، وإذا مات عتق المدبر.

وعن الثاني: بمثل هذا الجواب، وذكر بعضهم أنه إذا وهبه حصل الرجوع على القولين، وإن لم يقبضه، لإن إفضاء الهبة إلى زوال الملك.

قال الإمام رحمه الله: والوجه القطع بأن مجرد الهبة لا يبطل التدبير على قولنا: إنه تعليق.

نعم إذا اتصل بها الإقباض، فإن قلنا: يحصل الملك عند القبض فحينئذ ينقطع التدبير، وإن قلنا: يتبين استناد الملك إلى حالة الهبة، فهل يتبين انقطاع التدبير من وقت الهبة؟ فيه تردد، وكذا لو فرض بيعٌ بشرط الخيار، وقلنا: إنه يزيل الملك فهل يبطل التدبير

---

(١) في: ظ "بالقول".
(٢) في: ظ "بالقول".
(٣) في: ظ "إذا أديت إلى وارثي".
(٤) في: ز "وبأنه".
(٥) في: ظ "ذهب".

قبل لزوم البيع؟ فيه تردد، قال: وأثر ذلك أنا إذا قلنا إنه لو زال الملك على وجه اللزوم، وعاد فالتدبير منقطع، فلو زال على الجواز، وعاد هل[١] يحكم بانقطاع التدبير؟ فيه تردد، والذي أطلقه صاحب "التهذيب" رحمه الله: أن البيع بشرط الخيار، يقطع التدبير، على القولين.

ولو باع نصف المدبر، أو وهب وأقبض، بطل التدبير في النصف المبيع، أو الموهوب، وبقي في الباقي.

وحكى القاضي ابن كج طرقاً في أن رهن[٢] المدبر، هل يرفع التدبير؟

أظهرها البناء على أنه وصية أو تعليق عتق بصفة.

والثاني: أنه ليس برجوع على القولين، لأن الرهن لا يزيل الملك.

والثالث: أنه رجوع على القولين كما سبق مثله في الهبة[٣] قبل القبض ومجرد الإيجاب في الرهن[٤] والهبة[٥] إن جعلناه وصية على الخلاف المذكور في "الوصية" أنه هل يكون رجوعاً؟ وإن جعلناه تعليقاً فلا أثر له ولا يرتفع بالاستخدام، والتزويج على القولين، إذا جعلناه وصية فيرتفع بالعرض على البيع، وسائر ماذكرناه في باب "الوصية". نعم الوطء ليس برجوع عن التدبير، وإن جعلناه[٦] وصية سواء[٧] عزل أو لم يَعْزِلْ بخلاف ما في الوصية، فإنا قد نجعل الوطء مع ترك العزل رجوعاً، لأنه يدل على قصد الإمساك، وههنا إذا ترك العزل فأحبل يحصل الاستيلاد، وأنه يحقق مقصود التدبير، ويؤكده وهو العتق.

فإن استولدها فالذي أورده أكثر سلف الأصحاب، وخلفهم رحمهم الله: أنه

(١) في: ز "فهل".
(٢) في: ز "أن المدبر رهن".
(٣) في: ظ "في القسمة".
(٤) في: ز "في الهبة والرهن".
(٥) في: ظ "الايجاد في الهبة والرهن".
(٦) "وإن جعلناه تعليقاً ... على القولين" ليست في: ظ.
(٧) في: أ "جعلناه".

يبطل التدبير، لأن الاستيلاد أقوى[١] فيرتفع به الأضعف كما يرتفع ملك النكاح بملك اليمين.

ولو دبر مستولدته، لم يصح لأنها تستحق العتق بالموت بجهة هي أقوى من التدبير. وفي طريقة الصيدلاني رحمه الله: أنه لايبطل التدبير، ويكون لعتقها يوم موت السيد سببان.

وعلى هذا جرى الإمام وصاحب الكتاب مع اعتراف الإمام بأنه[٢] لا أثر لبقاء التدبير.

وقال "الروياني" في "الكافي" وقيل: لانقول ببطلان التدبير[٣]، ولكنه[٤] يدخل في الاستيلاد كما لو طرأت الجنابة على الحدث.

ولو كاتب[٥] المدبر، فهل يرتفع التدبير؟ فيه وجهان مبنيان[٦] على الخلاف المذكور، إن جعلناه وصية ارتفع كما لو أوصى لإنسان بعبد، ثم كتابه، وإن قلنا: تعليق عتق بصفةٍ فلا، لأن مقصود الكتابة العتق أيضاً فيكون مدبراً ومكاتباً، كما لو دبر عبده المكاتب، فإن أدى النجوم عتق بالكتابة، وإن مات السيد قبل[٧] الأداء عتق بالتدبير، فإن لم يخرج من الثلث عتق، قدر[٨] الثلث وبقيت الكتابة في الباقي فإذا أدى قسطه عتق.

وهذا مايحكي عن نص الشافعي رضي الله عنه: وهو الذي أورده الشيخ أبوحامد رحمه الله، وجماعة وزاد القاضي أبوحامد[٩] فقال: يسأل عن كتابته، فإن أراد

---

(١) في: ز "قوي".
(٢) في: أ "أنه".
(٣) "التدبير" ليست في: أ.
(٤) في: ظ "ولكن".
(٥) في: أ "كان".
(٦) في: ب، ز "يبنيان".
(٧) في: أ "العبد" وهو خطأ.
(٨) "قدر" ليست في: ظ.
(٩) "أبوحامد" ليست في: ز.

بها الرجوع عن التدبير، ففي[١] ارتفاعه القولان، وإن[٢] قال لم أقصد بها الرجوع، فهو مدبر مكاتب على القولين جميعاً، ورأى القاضي ابن كج القطع: بأن الكتابة ترفع التدبير، لأن العبد يصير بعقد الكتابة مالكاً[٣] لنفسه، فكأن السيد أزال ملكه عنه، فيكون الحكم كما لو باع.

وخرج الإمام على الخلاف في الكتابة ما لو علق عتق المدبر بصفة، لأنه لو أوصى به ثم علق عتقه بصفةٍ كان التعليق رجوعاً عن الوصية، والذي أورده صاحب "التهذيب" أنه يصح التعليق بالصفة الأخرى ويبقى التدبير بحاله كما لو دبر المعلق عتقه بصفة يجوز.

ثم إن وجدت الصفة قبل الموت، عتق، وإن[٤] مات قبلها عتق عن التدبير، وفي "الوسيط"[٥] ما يقتضي تفصيلاً وهو أنه إن قال: إن دخلت الدار فأنت حر، فقد زاده شيئاً آخر للحرية، وليس ذلك برجوع، وإن قال: إن دخلت الدار بعد موتي فهو رجوع عن التدبير المطلق، لأنه ينافي تعليق الحرية بمجرد الموت، وقد ذكر هذا في[٦] الطرف الثاني في الكتاب.

واعلم أنه إن أراد بقوله "هذا رجوع، وذاك ليس برجوع" أن هذا يقتضي نقض التدبير المطلق، وذاك[٧] لا يقتضيه، ليعرف أن[٨] ما يقتضي نقضه يكون على الخلاف في أن التدبير هل يجوز نقضه من غير إزالة الملك؟ فهذا صحيح، ولا يحتاج إلى إعلامه بالواو.

---

(١) في: ظ "وفي".
(٢) في: ظ "فإن".
(٣) في: ظ "ملكاً".
(٤) في: أ "فإن".
(٥) في: ز "الوصية".
(٦) "في" ليست في: أ، ب.
(٧) في: أ "ذلك".
(٨) "أن" ليست في: أ.

وإن أراد أن هذا يرفع التدبير وذاك لا يرفعه، فليعلـم قولـه في الكتـاب: "رجـوع عن التدبير المطلق" بالواو، وكيف لا وهذه الصورة مثل قوله: "إن أديت إلى ورثـتي بعـد موتي كذا، فأنت حر" وقد ذكرنـا أنهـا مخرجـة علـى الخـلاف في[1] أن الأرجـح أنـه لا يرفعه.

ثم اعلم أنَّ التفصيل المذكور قد نسبه ناسبون إلى نصِّهِ في "الأم" وادعى القـاضي أبوالطيب: أن قوله: "إن دخلت الدار بعد موتي" ونحـوه يرفـع[2] التدبـير علـى القولـين، وهو كاحتجاج المزني بنصه فيما إذا قال: إن أديت بعد موتي كذا".

[فصل: وفيه فروع]

فروع: الأول: إذا قال قد رجعت عن التدبير في نصفه، أو ربعــه بقـي التدبـير في الجميع، إن قلنا: لا يجوز رفعه بلفـظ الرجـوع، وإن جوزنـاه[3] ارتفـع فيـه[4] وبقـي في الباقي.

الثاني: عن نصه رضي الله عنه في "الأم" أنه إذا دبر عبده ثم خرس، فإن لم يكن له إشارة مفهمة، ولا كتابة فلا مُطْلِعَ على رجوعه، وإن كانت إشارة أو كتابة فإن أشار بالبيع ونحوه ارتفع التدبير، وإن أشار بنفس الرجوع فعلى الخلاف.

الثالث: ذكرنا في خلال الكلام أنه لو دبر عبـده المكـاتب يجوز، وأنـه لـو أدى النحوم قبل موت السيد عتق بالكتابة وحينئذ فيبطل التدبير.

ولو عجز نفسه، أو عجزه السيد بطلبت الكتابة، وبقي التدبير، ولو مـات السـيد قبل الأداء والتعجيز، فيعتق بالتدبير إن احتمله الثلث، وحينئذ فعن الشيخ أبي حامد رحمه الله: أنه تبطل الكتابة، قال ابن الصباغ رحمه الله: وعنـدي أنـه ينبغي أن يتبعـه[5] ولـده

---

(١) "في" ليست في : ز ، ظ.
(٢) في: أ "يرتفع".
(٣) في: أ ، ز "جوزنا".
(٤) "فيه" ليست في: أ.
(٥) من هنا سقط في نسخة: ز.

وكسبه، كما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء، وكما[١] لا يملك إبطال الكتابة بالإعتاق وجب أن لا يملكه بالتدبير.

قال: ويحتمل أن يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط أحكامه، وقوله في الكتاب: "ولو قال: إذا مت وأنت دخلت الدار أو لبست كذا" هو في بعض النسخ، وفي بعضها إذا مت فدخلت الدار أو شئت" وكلاهما صحيحٌ مؤد للغرض.

وقوله: ولا ينقطع التدبير بالاستيلاد معلم بالواو وجواب الأكثر الانقطاع كما بينا.

(قال [الغزالي]: إنكار السيد رجوع وقيل: ليس برجوع بل يحلف، وكذا الخلاف في إنكار الوصية والوكالة هل هو رجوع؟ وإنكار البيع الجائز ليس بفسخ[٢]، كما أن إنكار الطلاق الرجعي ليس برجعة).

[الفصل الثالث: في إنكار التدبير]

[قال الرافعي]: إن لم يجوز الرجوع عن التدبير بلفظ الرجوع، فإنكار السيد التدبير، ليس برجوع، فإن جوزناه، فهل هو رجوع؟ وكذا إنكار الموصي الوصية والموكل الوكالة هل يكون رجوعاً فيه[٣] ثلاثة أوجه جمعها الإمام.

أحدها: نعم، لأن هذه العقود عرضة للفسخ والرفع[٤].

ولو قال: لست بمدبرٍ[٥] أو لست بوكيل من جهتي أو ليس هذا موصى به، وجب القطع بارتفاع هذه العقود فكذلك إذا قال: لم أدبر، ولم أوكل ولم أوص، لأن قضيته أنه ليس بمدبر، ولا وكيل في الحال.

والثاني: لا، لأن الإنكار إخبار عما مضى فإذا كان كذباً لم يؤثر، وأيضاً فإن إنكار الأصل ينافي الرفع ويضاده، ولا يحصل به الارتفاع.

---

(١) في: ظ "فكما".

(٢) في: أ "برجوع".

(٣) "وكذا إنكار . . . فيه" ليست في: ظ.

(٤) في: ظ :الرد.

(٥) في: ب "لست مدبراً".

والثالث: أن الوكالة ترتفع فإن فائدتها العظمى تتعلق بالموكل، ولا ترتفع بالتدبير، والوصية، لأنهما عقدان يتعلق بهما عوض[١] شخصين فلا يجعل إنكار أحدهما رفعاً له، وهذا أظهر[٢] وهو المنصوص عليه في التدبير، والمذكور في الكتاب في[٣] الوكالة، وإنكار البيع الجائز لايكون فسخاً للبيع، قال الإمام[٤] رحمه الله وفيه احتمال أخذاً مما قيل: في التدبير[٥] والوصية.

ولو ادعت المرأة على زوجها طلاقاً رجعياً فأنكر لم يكن الإنكار رجعة بالاتفاق، لأن الرجعة تجديد حل، ورفع تحريم واقع، فلا يتضمن نفي موجبها إنشاءها. إذا عرفت[٦] ذلك، فإذا ادعى العبد على سيده[٧] أنه دبره، أو أعتقه[٨]، أو علق عتقه[٩] بصفةٍ أو تدبيرٍ[١٠]، ففي سماع هذه الدعوى خلاف مذكور في "الدعاوى". وقد بُني الخلاف في دعوى التدبير على أنه تعليق عتقٍ بصفة أو وصية[١١][١٢].

إن قلنا: إنه تعليق عتق فتسمع، لأن السيد لا يملك الرجوع فيه[١٣] بلفظ الرجوع[١٤].

وإن قلنا: إنه وصية فوجهان بناء على أن إنكاره هل يكون رجوعاً؟ إن قلنا: لا فتسمع[١٥] وإن قلنا: نعم فلا تسمع هكذا رتب جماعة رحمهم الله.

---

(١) في: أ، ب "عرض".
(٢) "أظهر" ليست في: أ.
(٣) في: أ "والوكالة".
(٤) "قال الإمام" ليست في: ظ.
(٥) في: ظ "في الوصية والتدبير".
(٦) في: ظ "عُرِفَ".
(٧) في: ب "السيد".
(٨) "أعتقه" ليست في: ب.
(٩) "أو علق عتقه" ليست في: ظ.
(١٠) "أو تدبير" ليست في: ب، ظ.
(١١) من قوله: "ففي سماع ... أو تدبير" ليست في: أ.
(١٢) في: ب "بصفة أو تدبير".
(١٣) في: ب "عنه".
(١٤) "إن قلنا إنه ... بلفظ الرجوع" ليست في: ظ.
(١٥) في: أ "تسمع".

وقضية هذا البناء والترتيب مجيء طريقة قاطعة، بأن دعوى تعليق العتق مسموعة[1] مع إثبات الخلاف في دعوى التدبير، وذكر الإمام قدس ا لله روحة أنا إن لم نجعل الإنكار رجوعاً ففي سماع الدعوى الوجهان المذكوران في سماع الدعوى بالدين المؤجل.

ووجه[2] المنع: أنّ عماد الدعوى أن يستحق المدعى عليه مطالبةً وإلزاماً، والمدبر لا يستحق شيئاً على السيد[3] في الحال.

وهذا يطرد في دعوى تعليق العتق.

وأنا[4] إن جعلنا الإنكار رجوعاً فلا يبعد أن تسمع الدعوى إذ لا يتعين مقابلة الدعوى بالإنكار، بل قد[5] يقر المدعى عليه، وقد يسكت، فلا يتوجه ردُّ الدعوى من الابتداء، وأنَّ في سماع شهادة الحسبة على التدبير[6] بين الخلاف المذكور في سماع الدعوى ورد شهادة الحسبة أولى، لأن موضع الحسبة ما إذا ثبت لله تعالى حق، وكان ذلك الحق مجحوداً فينتهض الشاهد لإثباته محتسباً.

وإذا توجهت الدعوى، وأنكر السيد فله أن يسقط اليمين عن نفسه بأن يقول: إن كنت دبرته فقد رجعت عنه إذا جوزنا الرجوع باللفظ.

وكذا لو قامت البينة عليه، وحكم الحاكم، فله الدفع بهذا الطريق على هذا القول.

ولو ادعى على[7] الورثة أن مورثهم دبره، وأنه قد عتق بموته فيحلفون على نفي العلم ولا يثبت التدبير، إلا بشهادة رجلين، لأنه ليس بمال، وهو مما يطلع عليه الرجال

---

(١) في: أ "تسمع".
(٢) في: أ ، ظ "وجه".
(٣) "السيد في" ليست في: ظ.
(٤) "وإنا" ليست في: ظ.
(٥) "قد" ليست في: ظ.
(٦) "التدبير" ليست في: ظ.
(٧) "على" ليست في: أ.

ويثبت الرجوع عنه بشهادة، رجل وامرأتين وبشاهد ويمين، لأن المقصود منه المال.

وحكى الفوراني رحمه الله فيه وجهاً آخر، لأن مدعي الرجوع ينفي حصول الحرية بالموت.

وقوله في الكتاب "إنكار السيد رجوع، وقيل ليس برجوع بل يحلف" هذا السياق يشعر بترجيح كونه رجوعاً، والأظهر عند أكثر الأصحاب رحمهم الله على ما قدمناه أنه ليس برجوع وقد يقرب الخلاف من الخلاف في أن إنكار الزوجية هل هو طلاق؟.

والظاهر أنه ليس بطلاق وفي "التهذيب" وغيره أن المذهب سماع الدعوى بالتدبير وتعليق العتق بالصفة[١].

(قال [الغزالي]: الرابع مجاوزة الثلث، فإذا دبر عبداً لا مال له غيره عتق بموته ثلثه، وكذا لو دبر في الصحة، ولو كان له مال غائب لم يتنجز عتق ثلثه على أحد القولي،ن حتى لا يتسلط العبد على شئ قبل تسليط الورثة على مثليه، وكذا الخلاف في الوصية).

[الفصل الرابع: مجاوزة الثلث]

المسألة الأولة عتق المدبر هل يعتبر من الثلث

[قال الرافعي]: في الفصل مسائل منها: ماهو مذكور في الكتاب، ومنها ماهو غير مذكور.

وإحداها: عتق المدبر، يعتبر من الثلث، لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما موقوفاً ومرفوعاً[٢] "أن المدبر من الثلث"[٣]. وأيضاً فإنه تبرعٌ يلزم، بالموت فيكون من

---

(١) في: ظ "بالطلاق".

(٢) في: ب "مرفوعاً وموقوفاً". وفي: ظ "موقوفاً أو مرفوعاً".

(٣) الحديث: أخرجه البيهقي في سننه ٥٢٩/١٠ من كتاب التدبير، باب المدبر من الثلث – من حديث نافع عنه، وفيه علي بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع.

وأخرجه الشافعي في الأم ١٨/٨، عن علي بن ظبيان، وقال: قلت لعلي: كيف هو؟ فقال: كنت أحدث به مرفوعاً، فقال لي أصحابي: ليس هو بمرفوع، فوقفته، قال الشافعي والحفاظ يقفونه على ابن عمر.

=

الثلث كالوصية وأيضاً، فإن الإعتاق في المرض أقوى من التدبير، لأنه منجز، ولازمٌ لا رجوع عنه، ثم هو معتبر من الثلث، فالتدبير أولى أن يعتبر من الثلث، وإنما يعتق المدبر من الثلث بعد الديون كما ذكرنا في "الوصايا" فلو كان عليه دين مستغرق للتركة، لم يعتق منه شيءٌ، وإن لم يكن دين ولا مال سواه عتق منه ثلثه، وإن كان عليه دين يستغرق نصفه بيع نصفه في الدين، ويعتق من الباقي ثلثه ولا استسعاء.

وعند أبي حنيفة[١] رحمه الله يستسعى للورثة وللدين[٢] حتى يعتق كله.

وفي "تعليقة إبراهيم المروروذي" أن الحيلة في أن يعتق جميع العبد بعد الموت، وإن لم يكن له مال سواه، أن يقول: "هذا العبد حر قبل مرض موتي بيوم، وإن مت فجأة فقبل موتي بيوم" فإذا مات بعد التعليقين بأكثر من يوم عتق العبد من رأس المال، ولا سبيل عليه لأحد.

ولو اقتصر على قوله: أنت حر قبل موتي بيوم أو بشهر، فإذا مات نظر: إن كان في أول اليوم، أو الشهر قبل الموت مريضاً فيعتبر عتقه من الثلث، وإن كان صحيحاً فمن رأس المال ولا فرق في الاعتبار من الثلث بين أن يقع التدبير في الصحة أو في المرض كالوصية.

= وأخرجه الدارقطني ١٣٨/٤ - من كتاب المكاتب - من حديث عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع مرفوعاً بلفظ: المدبر لا يباع، ولا يوهب وهو حر من الثلث، قال أبوحاتم: عبيدة منكر الحديث.

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٥/٤ "وقال الدارقطني في العلل: الأصح وقفه،

وقال العقيلي: لايعرف إلا بعلي بن ظبيان، وهو منكر الحديث.

وقال أبوزرعة: الموقوف أصح، وقال ابن القطان : المرفوع ضعيف.

وقال البيهقي: الصحيح موقوف، كما رواه الشافعي، وروى من وجه آخر عن أبي قلابة مرسلاً: أن رجلاً أعتق عبداً له عن دبر، فجعله النبي ﷺ من الثلث".

وعن علي كذلك مرفوعاً، وروي بسنده عن عثمان بن أبي شيبة أنه قال: حديث علي بن ظبيان خطأ".

والحديث أخرجه أيضاً ابن ماجه ٨٤٠/٢، حديث /٢٥١٤ من كتاب العتق - باب المدبر - وقال فيه: "ليس له أصل".

(١) انظر: الهداية ٦٧/٢.

(٢) في: ظ "والدين".

المسألة الثانية إذا دبر عبداً ومات وباقي ماله غائب عن الورثة

الثانية: إذا دبر عبداً ومات وباقي ماله غائب عن بلده الورثة، أو دين على المعسر، فلا يعتق جميع المدبر، وهل يعتق جميع ثلثه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، واختاره القاضي أبوحامد رحمه الله، لأن الغيبة لا تزيد على العدم، ولو لم يكن يملك إلا هذا العبد لعتق ثلثه، فكذلك عند الغيبة.

وعلى هذا فثلث أكسابه بعد موت السيد له، ويوقف الباقي.

وأظهرهما: على ما ذكر الشيخ أبوحامد وصاحب "التهذيب" وغيرهما رحمهم الله: أنه لايعتق حتى يصل المال إلى الورثة، لأن في تنجيز العتق تنفيذ التبرع من[1] الثلث قبل تسلط الورثة على الثلثين، إذ[2] لابد من التوقف في الثلثين إلى أن يتبين حال الغائب، وعلى هذا فتوقف الأكساب، فإن حضر الغائب[3] بان أنه عتق، وأن الاكساب له ويقال إن الخلاف في المسألة قولان منصوص، ومخرج، والمنصوص الثاني.

وإذا كانت قيمة المدبر مائة والغائب قدر مائتين فحضرت مائة فعلى الوجه الأول يعتق ثلثاه، لأن ثلثه عتق في الحال، فإذا حضرت مائة عتق بقدر ثلثها أيضاً، وعلى الثاني يعتق نصفه لحصول مثليه للورثة، فإن حضرت مائة وتلفت مائة استند العتق في ثلثيه[4] وتسلط الورثة على ثلثه[5] وعلى المائة.

وفي طريقة الصيدلاني تفريعاً على أنه يعتق من المدبر ثلثه[6] أن للوارث التصرف في الثلثين، فإن حضر المال الغائب نقض تصرفه.

وأنه لو أعتق الوارث الثلثين ولم يحضر[7] المال بالغائب فولاء الثلثين له، وإن حضر فعن[8] ابن سريج أن الجواب كذلك، لأنه أعتق، وله العتق.

---

(١) في: أ "في" وهو خطأ.

(٢) "إذ" ليست في: ظ.

(٣) "الغائب" ليست في: ب.

(٤) في: أ "ثلثه".

(٥) في: ب "ثلثيه".

(٦) في: ب "ثلثيه".

(٧) في: أ "لم يحصل".

(٨) في: أ "فعن أبي العباس وابن سريج".

وإن فيه وجهاً آخر: أن ولاء الجميع للمورث بناءً على أن أجازة الورثة تنفيذاً وابتداء عطيةً؟

واشتد نكير[١] الإمام رحمه الله على هذا، وقال إعتاق الورثة أنفسهم رد للتدبير، ولا سبيل إلى رد التدبير بسبب غيبة المال بل الوجه التوقف، فإن حضر المال بان نفوذ العتق في الجميع، ولكن مستنداً إلى وقت الموت، أو عند حصول القدرة؟ فيه احتمالان أوجههما الأول.

قال: ولو كانت التركة بحيث يفي ثلثها بالمدبر لكن كان عليه دين مستغرق فأبرأ مستحق الدين عن الدين بعد أيام من الموت[٢] فيستند العتق إلى وقت الموت أو يتنجز من وقت سقوط الدين؟ فيه احتمالان.

والأظهر في هذه الصورة الثاني.

ولو كان له دينٌ في ذمة إنسان ليس له غيره فأبرأ عنه في مرض الموت، أو عن ثلثه هل تحصل البراءة عن الثلث قبل وصول الثلثين؟ فيه الخلاف المذكور في أن العتق هل ينفذ من[٣] الثلث والأصح المنع.

ويجري الخلاف فيما إذا مات عن اثنين، ولم يترك إلا ديناً على أحدهما هل يبرأ من عليه الدين عن نصفه؟ ففي وجه لا. وإلا لاختص بحقه قبل أن يتوفر على أخيه حقه، وقد أمرنا بالتسوية بينهما.

وفي وجه نعم إذا لا يمكن أن يملك على نفسه ديناً.

ولو أوصى بعين مالٍ يخرج من الثلث وباقي ماله غائب هل يسلم إلى الموصى له ثلث العين، أم ينتظر حضور الغائب؟ فيه مثل الخلاف المذكور في العتق وقد تقدم في "باب الوصية".

وقوله في الكتاب "وكذا الخلاف في الوصية" معاد ههنا.

---

(١) في: ظ "واستنكر".

(٢) في: ظ "بعد أيام من الموت عن الدين".

(٣) في: أ "في".

ولو أوصى بثلث ماله وبعض ماله وبعض ماله حاضر، وبعضه غائب، أو البعض عين والبعض دين، فيدفع إلى الموصى له ثلث الحاضر والعين، وما يحضر ويحصل من بعد فيقسم[١] كذلك .

المسألة الثالثة إذا علق عتق عبده بصفة فوجدت تلك الصفة في مرض الموت

الثالثة: و[٢]إذا علق عتق عبده بصفة فوجدت تلك الصفة في مرض الموت ينظر: إن كان التعليق بصفة لا توجد إلا حينئذٍ كما إذا قال: إن دخلت الدار في مرض موتي فأنت حر أو إذا[٣] مرضت مرض الموت فيعتبر عتقه من الثلث، كما لو أعتقه حينئذ. وإن كان يحتمل أن توجد في الصحة[٤]، ويحتمل أن توجد في المرض، فقولان.

أصحهما: أن[٥] يعتق من رأس المال، لأنه حين علق لم يكن متهماً بإبطال حق الورثة.

والثاني: وبه قال أبوحنيفة[٦] رحمه الله: يعتق من الثلث إعتباراً بوقت وجود الصفة، فإن العتق حينئذ يحصل.

وهذا كالخلاف في أنه إذا علق طلاق امرأته في الصحة، ووجدت الصفة في المرض هل يجعل فاراً؟.

قال الإمام رحمه الله: ومن هذا الأصل اختلف الأصحاب رحمهم الله: في أنه إذا شهد اثنان على تعليق العتق بصفة، وآخران على وجود الصفة، وحكم القاضي بنفوذ العتق، ثم رجعوا، يكون الغرم عليهم جميعاً أم يختص به شهود التعليق؟ لأن التعليق[٧] هو الموقع، والصفة محل الوقوع، أو وقته[٨]، وقياس اعتبار الصفة ههنا تخصيص الغرم بشهود

---

(١) في: ظ "يقسم".
(٢) "و" ليست في: ظ.
(٣) في: أ "وإذا".
(٤) "يحتمل أن يوجد في الصحة" ليست في: ظ.
(٥) "أنه" ليست في: ظ.
(٦) انظر: الهداية ٢/٦٧.
(٧) "لأن التعليق" ليست في: ظ.
(٨) في: ظ "أوفقه".

الصفة لكن لا صائر إليه والخلاف فيما إذا كانت الصفة محتملة الحصول[١] في الصحة والمرض، ووجدت في المرض بغير اختياره، فإن وجدت باختياره واعتبر[٢] العتق من الثلث لأنهم ذكروا أنه لو قال: إن دخلت الدار أو كلمت فلاناً فأنت حر، ثم دخلها أو كلمه في مرض موته يعتبر العتق من الثلث، لأنه اختار حصول العتق في مرضه.

ولو باع الصحيح بمحاباة، وشرط الخيار ثم مرض في مدة الخيار، لم يفسخ حتى مات اعتبرت المحاباة من الثلث، لأنه الزم العقد في المرض باختياره، فأشبه ما إذا وهب في الصحة وأقبض في المرض.

فروع: لو علق عتق عبده بصفة وهو مطلق التصرف فوجدت الصفة وهو محجور عليه بالفلس، عتق العبد، إن قلنا: الاعتبار بحالة التعليق وإن قلنا: الاعتبار بحالة وجود الصفة، فهو كإعتاق[٣] المفلس، ولو[٤] علقه بصفة فوجدت الصفة بعدما جنَّ أو حجر عليه بالسفه يعتق وجهاً واحداً كذلك ذكره في "التهذيب" وفرق بأن حجر المريض، والمفلس كلاهما لحق الغير[٥] هذا للورثة وهذا لحق[٦] الغرماء[٧] بخلاف حجر السفيه والجنون.

وعن صاحب "الإفصاح" رحمه الله: أنه لو قال: إن جُننت فأنت حر، فجن ففي العتق وجهان:

أحدهما: لا يعتق كما لو أعتق في حال الجنون.

والثاني: يعتق، لأن الإيقاع حصل[٨] في الصحة.

---

(١) في: أ "للحصول" وفي: ظ "الوقوع".
(٢) وحتى هنا السقط من نسخة: ز-مايقرب من لوحتين.
(٣) في: ز "فهو إعتاق".
(٤) في: أ "فلو".
(٥) في: أ "لغير".
(٦) "لحق" ليست في: ز.
(٧) في: أ، ز "للغرماء".
(٨) في: ظ "وقع".

وقد يخرج هذا الخلاف فيما إذا كان التعليق بصفة غير الجنون، فوجدت[1] في الجنون.

ولو قال: إن مرضت مرضاً مخوفاً فأنت حر، فمرض مرضاً مات منه يعتق العبد ويكون عتقه من الثلث.

وعن أبي الحسين[2] بن القطان رحمه الله: وجه آخر: أنه يعتق من رأس المال، لأن التعليق، وقع في الصحة.

ولو مرض مرضاً مخوفاً ثم برأ منه يعتق ويكون عتقه من رأس المال وحرج القاضي ابن كج رحمه الله وجهان: أنه لايعتق أخذاً من الخلاف فيما إذا حج وهو مغصوب، ثم برأ.

ونختم الفصل بإعادة إشكال في الخلاف المشهور، في أن ثلث المدبر هل يعتق في الحال عند غيبة باقي المال، وقد ذكرناه في "باب الوصية" وذلك، لأن الثلث عتق بكل حال فلا معنى للتوقف والتأخير فيه، ولا فائدة للوارث في ذلك، فإنه ممنوع من التصرف في جميع العبد فضلاً عن التصرف في الثلث، وأيضاً فلو لم يعين الثلث في الحال لبقي المال فيه والمملوك لابد له من مالك، ولا يمكن أن يكون ملكاً للميت، ولو كان ملكاً للوارث لما عتق إلا بإعتاقه.

(قال الغزالي: الخامس: إذا جنى المدبر بيع، فإن فداه السيد بقي التدبير، وإن مات السيد فللورثة: أن لا يفدوه على قول، وإن وفى الثلث بالفداء أو العتق، وقيل يجب الفداء).

[الفصل الخامس: إذا جنى المدبر أو جني عليه]

[قال الرافعي]: الجناية على المدبر كهي على القن، فإن قتل فللسيد القصاص، أو القيمة، ولا يلزمه أن يشتري بها عبداً فيدبره بخلاف ما إذا أوقف متاعاً فأتلف فإنا قد

---

(١) في: ظ "فوجده الصفة".

(٢) في: أ "الحسن".

نقول يشتري بقيمة مثله، ويوقف، لأن مقصود الوقف أن ينتفع به الموقوف عليهم، وهم باقون، ومقصود التدبير أن ينتفع به ذلك العبد و لم يبق.

وإن جنى على طرفه فللسيد القصاص أو الأرش ويبقى[١] التدبير بحاله هذا حكم الجناية عليه.

وأما حكم جنايته: وهو الذي أورده في الكتاب فهو فيها كالقن أيضاً. فلو جني على إنسان بما يوجب القصاص اقتص منه[٢]، وفات التدبير، وإن جنى بما يوجب المال أو عاد بالعفو إليه فللسيد أن يفديه، وأن يسلمه ليباع في الجناية، فإن فداه بقي التدبير فيه.

وفيما يفديه به[٣] من أرش الجناية أو الأقل منه، ومن قيمته القولان السابقان في القن.

وإن سلمه للبيع فبيع جميعه ارتفع التدبير فيه، فإن عاد إلى ملكه ففي عود التدبير ما مرَّ في الباب تفريعاً على أنه وصية وعلى أنه تعليق عتق بصفةٍ، وإن حصل الغرض ببيع بعضه ففي التدبير في الباقي قولان[٤].

وإن مات السيد قبل البيع، واختار الفداء ففيه طريقان:

أظهرهما: أن حصول العتق على الخلاف في أن إعتاق العبد الجاني هل ينفذ لأنه اجتمع العتق[٥] والجناية؟ فإن قلنا ينفذ أخذ الفداء من تركة السيد، لأنه أعتقه[٦] بالتدبير السابق، وعلى هذا فالفداء بأقل الأمرين بلا خلاف، لأنه تعذر تسليمه للبيع.

وإن قلنا: لايعتق فالوارث بالخيار، بين أن يفديه فيعتق من الثلث، وبين أن يُسلمهُ

---

(١) في: ظ "وبقي".

(٢) في: ز "منه اقتص".

(٣) "به" ليست في: ز ، ظ.

(٤) "قولان" ليست في: ز.

(٥) في: ظ "لأنه احتج جميع".

(٦) "أعتقه" ليست في: أ.

للبيع، وإن كان[١] في ثلث المال سعةٌ، وإذا بيع بطل التدبير.

واعلم أن الخلاف في أن إعتاق الجاني هل ينفذ؟ قد سبق في أول "البيع" وبينا أن الأصح: أنه إن كان موسراً ينفذ، وإن كان معسراً لاينفذ.

ويشبه أن يقال: الميت معسر على مر في سراية العتق.

والطريق الثاني: عن صاحب "التقريب" رحمه الله: أنه إذا اتسع الثلث، وفى بقيمة الرقبة والفداء، وجب على الورثة تحصيل العتق، ولا يخرج على ذلك الخلاف.

ولو كانت جناية المدبر تستغرق ثلث الرقبة مثلاً ومات السيد ففداه الوارث من ماله ففي ولاء ذلك الثلث وجهان حكاهما الصيدلاني عن ابن سريج رحمهما الله أنه للوارث.

وقال القفال رحمه الله: وفيه وجه آخر عندي أن ولاء جميعه للمورث بناء على أن إجازة الوارث[٢] تنفيذ او ابتداء عطية، وهذا الفداء من الوارث كالإجازة لأنه متممٌ[٣] قصد المورث وشبهاً بالوجهين في عبد مرهون جنى فقداه المرتهن بشرط أن يكون العبد رهناً عنده بأصل الدين وبالفداء، لأنه لما أشرف على الزوال للبيع في الجناية جعل استبقاؤه كابتداء عقد منه.

ولو جنت المدبرة ولها ولد صغير، وقلنا بسراية التدبير إليه على ما سيأتي الخلاف فيه، فلو بعنا الولد معها أبطلنا التدبير فيه، ولو لم نبعه معها، فرقنا بين الأم والولد، ففيه وجهان.

أحدهما نبيعه حذاراً من التفريق[٤].

والثاني: يحتمل التفريق للضرورة، وهو كالخلاف فيما إذا رهن الجارية دون ولدها، واحتيج إلى بيع الجارية في الدين، هل يباع الولد معها؟ وقوله في الكتاب "إذا

---

(١) في: ز "كانت".

(٢) في: ظ "الورثة".

(٣) في: أ "متهم" وهو خطأ.

(٤) في: ب "الفرق".

جنى المدبر" يجوز أن يعلم بالحاء، لأن عند أبي حنيفة رحمه الله يُجبروا السيد على أن يفديه كما في أم الولد.

وقوله "فللورثة أن لايفدوه على قول" أي من التركة، وهو إشارة إلى الطريقة الأولى.

وقوله: وقيل يجب الفداء أراد به طريق صاحب "التقريب".

(قال [الغزالي]: الحكم الثاني: السراية: وهل يسري التدبير إلى ولد المدبرة من زناً أو نكاح؟ فيه قولان وتعليق العتق بالدخول هل يسري إلى الولد؟ فيه[١] أيضاً قولان، فإن قلنا: يسري فقيل: معناه أن الولد يعتق بدخول الأمِّ[٢]، وقيل بل[٣] بدخول نفسه، ثم إذا سرى التدبير، صار كما لو دبرهما، فلا يكون الرجوع عن أحدهما رجوعاً عن الآخر، ويقرع بينهما إذا ضاق الثلث، أما ولد المدبر فيتبع الأم دون الأب).

[فصل: في وطء المدبرة وولدها]

[قال الرافعي]: يجوز وطء المدبرة والمعلق عتقها بالصفة لكمال الملك، ونفاذ التصرف فيهما.

روى[٤] أن ابن عمر[٥] رضي الله عنهما دبر جاريتين له، وكان يطأهما[٦]

وأيضاً فإن المستولدة يجوز وطئها مع أن حق العتق فيها آكد فالمدبرة أولى ويخالف المكاتبة لأنها صارت أحق بنفسها ألا ترى أنها إذا وطئت يكون المهر لها، وإذا

---

(١) في: ز "أيضاً فيه" وفي ظ: "قولان أيضاً".

(٢) في: أ "بدخول الأم الدار".

(٣) "بل" ليست في: ز.

(٤) في: ز "وروى".

(٥) في: ز "أن عمر".

(٦) الحديث: أخرجه مالك في الموطأ ٨١٤/٢، من كتاب المدبر، باب مس الرجل وليدته إذا دبرها. قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٦/٤ "حديث ابن عمر ... مالك في الموطأ عن نافع عنه بهذا والشافعي عنه به".

جنى عليها يكون أرش الجناية لها بخلاف المدبرة، والمعلق عتقها بالصفة والمستولدة، فإن المهر[١] وأرش الجناية عليهن يكون للسيد.

ولو أولدها السيد صارت مستولدة.

والأظهر: أن التدبير يبطل[٢].

وفيه وجه آخر قد ذكرناهما من قبل وبذلك الوجه الآخر أجاب إبراهيم المروروذي.

وتظهر فائدة الاختلاف فيما إذا قال كل مدبر لي حرٌّ هل تعتق هي؟

وأما إذا أتت المدبرة بولدٍ من نكاح، أو زناً فهل يسري التدبير إليه؟ فيه قولان

أرجحهما: عند الإمام وصاحب "التهذيب"[٣] لا. وهو اختيار المزني[٤] رحمهم الله: لأنه عقد يقبل الرفع فلا يسري إلى الولد كالرهن.

وأظهرهما: على ماذكر الشيخان أبوحامد والقفال وغيرهما، وبه قال أبوحنيفة[٥]، ومالك[٦] وأحمد[٧] رحمهم الله نعم. لأنها تعتق بموت سيدها فيتبعها ولدها كالمستولدة، ولأن ولد الحرة حر وولد الرقيقة رقيق. وإذا نذر هدياً أو أضحية يكون للولد حكم الأم فكذلك ههنا[٨].

ثم قيل القولان مبنيان على أن التدبير وصية أو تعليق عتق بصفة إن قلنا: وصية

---

(١) "المهر" ليست في: ظ.

(٢) لمزيد من الإيضاح في جواز وطء المدبرة. انظر: مختصر المزني ص ٣٢٣، والحاوي ١٤٦/٢٢، والمهذب ١٢/٢، والوسيط ٤٩٩/٧، والتهذيب ٤١٤/٨، والروضة ٢٠٣/١٢، ونهاية المحتاج ٣٧٧/٨.

(٣) انظر: ٤١٤/٨.

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٣ حيث قال: هذا أصح القولين عندي وأشبههما بقول الشافعي ٠٠٠".

(٥) انظر: الهداية ٦٧/٢.

(٦) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٥.

(٧) انظر: المغني ٤٢٥/١٤.

(٨) الذي عليه المذهب: هو القول الأول: وهو أن الولد لايتبعها. قال النووي في الروضة ٢٠٣/١٢ "بل الأظهر عند الأكثرين أنه لا يتبعها" انظر: مغني المحتاج ٥١٣/٤.

لم يتبعها الولد، وإن قلنا تعليق تبعها[١] وهذه طريقة المزني.

والصحيح، وبه قال ابن سريج وأبوإسحق رحمهما الله: أنهما غير مبنيين على أنه وصية أو تعليق، بل القولان جاريان على القولين جميعاً، لأنه نص على قولين في أن ولد المعلق عتقها، هل يتبعها على ما سنذكره؟[٢]. ويقال: إنه مع التفريع على أن التدبير وصية ذكر في ولد المدبرة قولين.

وفي "الشامل" أن بعضهم قال: القولان في أن الولد مخصوصان بما إذا قلنا: إن التدبير تعليق، أما إذا جعلناه وصية فلا يتبعها الولد بلا خلاف كما لو[٣] أوصى بجارية لإنسان فأتت بولد فهذه طريقة ثالثة.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه يحتمل أن يجري القولان في ولد الموصي بها لإنسان[٤].

قال الإمام: والأظهر القطع بالمنع والشافعي رضي الله عنه إنما ردد القول في ولد المدبرة على مذهب التشبيه بالمستولدة.

وهذا التشبيه يختص بعقد العتاقة والمعلق عتقها بالصفة إذا أتت بولد، هل يتبعها؟ فيه قولان أيضاً.

ورتب الصيدلاني رحمه الله الخلاف ههنا على الخلاف في ولد المدبرة والمنع ههنا أولى.

وجعله القفال وغيره الأظهر، وقالوا ولد المدبرة إنما يتبعها لمشابهتها المستولدة في العتق بموت السيد.

والأظهر: أنه لا فرق في مجيء القولين بين أن يكون التعليق[٥] بما يحصل لا محالة كطلوع الشمس أو بغيره كقدوم زيد، ودخول الدار.

---

(١) في: ظ "تبعها ولدها".

(٢) انظر: المختصر ص ٣٢٣، والحاوي ١٤٨/٢٢ و ١٤٩.

(٣) "لو" ليست في: ظ.

(٤) "لإنسان" ليست في: ز.

(٥) في: أ "للتعليق".

وقيل بتخصيص[١] القولين بالتعليق[٢] بما يوجد لا محاله، لأنه يشبه التدبير، وفي غيره لا يتبعها بلا خلاف.

التفريع: أن جعلنا ولد المدبرة مدبراً فلو ماتت الأم في حياة السيد لم يبطل التدبير، في الولد كما لو دبر عبدين فمات أحدهما قبل موت السيد، وكما إذا ماتت المستولدة، لا يبطل حق العتق في الولد.

ولو رجع السيد عن تدبير أحدهما لم يبطل التدبير في الثاني.

ولو كان الثلث لا يفي إلا بأحدهما فعن ابن الحداد رحمه الله: أنه يقرع بينهما كما لو دبر عبدين، وضاق الثلث عنهما. وهذا هو الأظهر، والمذكور في الكتاب[٣].

وفيه وجه: أنه يقسم العتق عليهما لانا لو أقرعنا فربما تخرج القرعة للولد، وترق[٤] الأم وهي الأصل في التدبير فيبعد أن يرق، ويعتق الولد.

وإذا قلنا: إن المعلق عتقها بالصفة[٥] يتبعها ولدها فالمعني به: أن الصفة إذا وجدت في الأم، وعتقت هي بعتق الولد أيضاً ولا تعتبر الصفة فيه، فإذا علق عتقها بدخول الدار، فدخلت عتقت، وعتق الولد على هذا القول.

و[٦]لو دخل الولد بنفسه لم تعتق، هذا هو المشهور[٧].

وقال الشيخ أبومحمد رحمه الله: قضية[٨] سراية التعليق أن يتعلق عتقه بدخوله في نفسه، وإلا فهو سراية عتق لا سراية تعليق، فعلى هذا لايعتق بدخولها، ويعتق بدخوله.

ولو بطل التعليق فيها، بأن ماتت بطل في حق الولد أيضاً.

---

(١) في: أ "بتخصص".

(٢) من قوله: "المستولدة في العتق ... القولين بالتعليق بما" ليست في: ظ.

(٣) انظر: الوجيز ٢/٢٨٣، وانظر: الروضة ١٢/٢٠٤.

(٤) في: ز، ظ "فترق".

(٥) "بالصفة" ليست في: ز.

(٦) "و" ليست في: أ.

(٧) "وهو الصحيح المعروف في المذهب" ذكره النووي في روضته ١٢/٢٠٤. وانظر: مغني المحتاج ٤/٥١٤.

(٨) "قضية" ليست في: ب.

قال: في "التهذيب" لأنه يتبعها في حق العتق، لا في الصفة بخلاف التدبير، فإنه يتبعها في التدبير فيبقى فيه[١]، وإن بطل فيها.

وقال ابن الصباغ: الفرق[٢] بينه، وبين التدبير، أن الشرط دخول الأم الدار، وإذا[٣] ماتت فات ذلك، والشرط في المدبر موت السيد ولم يفت ذلك في حق الولد إلا أن يكون قد علقه بفعل نفسه، أو غيرها، فيكون كالمدبرة، وبطلان التعليق بموت السيد كبطلانه بموتها.

وقضية ماذكره الشيخ أبومحمد: أن لا يبطل التعليق فيه ببطلانه[٤] فيها.

ولو قال: لأمته أنت حرة بعد موتي بعشر سنين مثلاً، فإنما تعتق[٥] بعد مضي تلك المدة من يوم الموت، فإن أتت بولد قبل موت السيد، فهل يتبع الأم في حكم الصفة؟ فيه القولان.

وإن أتت به بعد موت السيد، وقبل مضي المدة فقد نص الشافعي رضي الله عنه أنه يتبعها في حكمها.

وفيه طريقان للأصحاب:

أحدهما: أنه على القولين كما قبل الموت، وإنما أجاب على أحد القولين[٦].

والثاني: القطع بأنه يتبعها، لأن سبب العتق، قد تأكد ههنا إذ ليس للوارث التصرف فيه، وإبطال العتق، فصارت كالمستولدة، وقبل الموت كان السيد بسبيل من البيع والإبطال، وذكر على هذا أن الولد يعتق من رأس المال كما في المستولدة.

وأما ولد المدبرة فلا يؤثر فيه تدبير أبيه بل يتبع الأم في الرق والحرية.

---

(١) "فيبقى فيه" ليست في: ز. "فإنه يتبعها في التدبير" ليست في: ظ.
(٢) في: ز "والفرق".
(٣) في: أ "وإذا".
(٤) في: أ "ببطلانها" خطأ.
(٥) "تعتق" ليست في: ز.
(٦) في: أ "على أحد الوجهين".

(قال [الغزالي]: وإذا مات السيد والمدبرة حامل عتق معها حملها، وإن كانت حاملاً عند التدبير ففي السراية إلى الجنين وجهان، ولو تنازعا فقالت: ولدت بعد التدبير فيتبعني، وأنكر السيد، فالقول قوله ولو تنازع الوارث والمدبر في مال في يده، فادعى أنه اكتسب[١] بعد موت السيد فالقول قوله لأجل اليد[٢].

ولو قال: ولدت الولد بعد موت السيد[٣]، فهو حر، فالقول قول الوارث إذ لا يد على الولد).

[فصل: إذا كانت المديرة حاملاً عند موت السيد وفيه مسألتان]

[قال الرافعي]: في هذه البقية مسألتان:

إحداهما: ماذكرنا في ولد المدبرة مفروض فيما إذا حدث الولد بعد التدبير، وانفصل قبل موت السيد، فأما إذا كانت المدبرة حاملاً عند موت السيد عتق معها الحمل بلا خلاف، كما لو أعتق جارية حاملاً، فإن لم يحتملها الثلث حاملاً عتق منها قدر الثلث.

وكذا المعلق عتقها بالصفة.

ولو كانت حاملاً عند وجود الصفة عتق الحمل معها، ولو كانت الجارية حاملاً عند التدبير، ففيه طريقان[٤].

أحدهما: أنه يبنى حكمه على أن الحمل هل يعرف؟ وفيه قولان:

إن قلنا: يعرف، وهو الأصح فيكون الولد مدبراً أيضاً، وإن قلنا: لا يعرف ففيه القولان المذكوران في الولد الحادث.

---

(١) في: أ، ب "اكتسب بعمل". وفي ظ: "اكتسب بعد الموت".

(٢) في: أ "السيد".

(٣) من قوله "فالقول قوله ... بعد موت السيد" ليست في: ب.

(٤) "طريقان" ليست في: ز.

وأصحهما[١]: القطع بكونه[٢] مدبراً سواء قلنا: إنَّ الحمل يعرف أو لا يعرف كما يدخل في البيع بلا خلاف.

وقد ذكر أنه ليس ذلك على سبيل السراية، ولكن اللفظ يتناوله، وإنما يعرف كونه موجوداً يوم التدبير، إذا أتت به لما دون ستة أشهر، فإن أتت به لأكثر من أربع سنين من وقت التدبير، فهو حادث لا محالة[٣].

وإن أتت به لما دون المدتين فينظر ألها زوج يفترشها أم لا؟ وقد سبق مثله في مواضع.

وإن كان لها زوج قد فارقها قبل التدبير، وأتت بولد لما دون أربع سنين من وقت الفراق، ففيه قولان.

قال في "التهذيب"[٤] أصحهما: أنه يجعل موجوداً يوم التدبير، كما يجعل موجوداً في ثبوت النسب من الزوج، وإذا ثبت التدبير في الحمل، ثم انفصل فرجوع السيد عن التدبير[٥] في أحدهما لا يرفع[٦] التدبير في حق[٧] الآخر، كما ذكرنا في حق[٨] الولد المنفصل.

وإن رجع قبل الانفصال عن تدبير الحمل، وجوزنا الرجوع عن التدبير[٩] ارتفع التدبير فيه وبقي في الأم. وفي وجه: لايجوز الرجوع عنه مادام حملاً مع بقاء التدبير في الأم، وإن رجع في تدبير الأم نظر: إن قال: رجعت عن تدبيرها دون تدبير الولد، فلا

---

(١) انظر: المسألة في الحاوي ١٤٨/٢٢ و ١٤٩، والتهذيب ٤١٥/٨، والروضة ٢٠٥/١٢، ومغني المحتاج ١٣/٤ و ٥١٤.

(٢) في: ظ "بأنه".

(٣) من قوله: "فإن أتت به لأكثر ... لا محالة" ليست في: ظ.

(٤) انظر: التهذيب ٤١٥/٨.

(٥) في: ز "في التدبير عن".

(٦) في: ب "لايرتفع".

(٧) "حق" ليست في: ز.

(٨) في: أ "حق الولد".

(٩) في: ز "التدبير عن الرجوع".

يخفى الحكم، وإن أطلق فوجهان.

أحدهما: أنه يتبعها في الرجوع كما يتبعها في التدبير.

وأصحهما: المنع. كالرجوع بعد الانفصال، ويخالف التدبير، لأن فيه معنى العتق، وللعتق قوة، وغلبة[١] لا تُنكر وإذا رجع في تدبيرها دون الولد، ثم أتت بولد لما دون ستة أشهر من وقت الرجوع، فهو مدبر، وإن أتت به لأكثر من ذلك ولها زوج يفترشها لم يكن مدبراً، لأنه لا يعلم حصوله قبل الرجوع عن تدبيرها.

ولو دبر الحمل في البطن وحده جاز، كما لو أعتقه ولا يتعدى إلى الأم.

وإذا مات السيد عتق الحمل دون الأم، فإن باع الأم فقد قيل: إن قصد به الرجوع حصل الرجوع، وصح البيع في الأم والولد، وإن لم يقصد لم يصح البيع في الولد ويصير كأنه استثناه، وإذا لم يصح في الولد لم يصح في الأم على الظاهر، كما لو باع جارية حاملاً بحر، والأصح صحة[٢] البيع فيهما، وحصول الرجوع قصداً و لم يقصد، كما لو باع مدبرة ونسي التدبير، يصح البيع، ويحصل الرجوع.

وقوله في الكتاب "ففي السراية إلى الجنين وجهان" مقصوده ما قد يتبين، لكن قد يناقش في لفظ السراية، لما قد قيل: إن ذلك على سبيل تناول اللفظ له[٣] على وجه السراية والتعدي من الشخص إلى الشخص.

فرع: إذا دبر أمته وقلنا: إن ولد المدبرة مدبرٌ وجوزنا الرجوع عن التدبير بالقول فقال: إذا ولدت أو كلما ولدت ولداً[٤] فقد رجعت عن[٥] تدبيره، لم يصح الرجوع، [وكان[٦] إذا[٧] ولد مدبراً] حتى يرجع بعد الولادة، لأن الرجوع في التدبير، إنما يصح

---

(١) في: أ "وعليه".

(٢) "صحة" ليست في: ظ.

(٣) في: ز "لفظ له".

(٤) "ولداً" ليست في: ب. والموجود "وله أمته".

(٥) في: ب "في".

(٦) في: ظ "فكان".

(٧) مابين المحصورتين هكذا في جميع النسخ، ويتبادر إلى فهمي أنه غير مستقيم. وبالرجوع للروضة وجدنا الآتي: "فإذا ولدت، كان مدبراً ..." ٢٠٦/١٢.

بعد ثبوت حكم التدبير للولد، وليس له حكم التدبير قبل الولادة، فأشبه ما إذا قال: إذا دبرتك فقد رجعت عن تدبيرك لايصح الرجوع.

المسألة الثانية: إذا قلنا ولد المدبرة مدبر فتتنازع[١] السيد والمدبرة في الولد فقال السيد: ولدته[٢] قبل التدبير، فهو قنٌ، وقالت: بل بعده فيصدق السيد بيمينه، لأن الأصل بقاء ملكه في ولد أمته وعدم التدبير.

ولو جرى هذا الاختلاف مع الوارث بعدما مات السيد، فقال الوارث: ولدته قبل التدبير، وقالت: بل بعده، وعتق بموت السيد فالمصدق الوارث.

قال في "التهذيب" وتسمع دعواها لولدها حسبة حتى[٣] لو كانت قنة وادعت على السيد أنك دبرت ولدي تسمع.

ولو قالت المدبرة: ولدته بعد موت السيد فهو حر، وقال الوارث قبل التدبير، فالمصدق الوارث أيضاً، والتنازع على هذا التصوير يجري، وإن لم نقل بأن ولد المدبرة يتبع الأم في التدبير.

وعن أبي الحسين بن القطان: تخريج وجه في الصورة الأخيرة : أنه يصدق المدبرة لأنها[٤] لم تسلم للورثة يداً ولا ملكاً والظاهر الأول، وهو المذكور في الكتاب.

ولو كان في يد المدبر مال فقال: اكتسبته بعد موت السيد، وقال الوارث: بل قبله فهو لي صُدِق[٥] المدبر بيمينه لأنه صاحب يد في المال، فترجح[٦] جانبه باليد، بخلاف ما إذا كان التنازع في الولد، فإنها تزعم حُريته، والحر لا يدخل تحت اليد.

ولو أقام كل واحد منهما بينة على ما يقوله ترجح بينة المدبر لاعتضادها باليد.

---

(١) "فتنازع" ليست في: ز.

(٢) في: أ "ولديته".

(٣) "حتى" ليست في: أ.

(٤) في: ز "لأنه".

(٥) في: ظ "يصدق".

(٦) في: ب "فرجح".

ولو أقام الوارث بينةً على أن هذا المال كان في يد المدبر في حياة السيد فقال المدبر كان في يدي لكنه كان لفلان فملكته بعد موت السيد فيصدق المدبر أيضاً.

نص عليه، وعلل بأن الينة لم تتعرض إلا لليد، وبأن[١] البينة تشهد بيد متقدمة، ويد المدبر ثابتة في الحال.

وإذا[٢] تنازع السيد والمستولدة في ولدها أولدته قبل الاستيلاد أو بعده، أو الوارث والمستولدة، أولدته قبل موت السيد، أو بعده، فهو على ماذكرنا في تنازع السيد والمدبرة.

وإذا قلنا: بسراية الكتابة إلى الولد فقالت المكاتبة: ولدته بعد الكتابة، وقال[٣] السيد، بل قبلها فالمصدق السيد أيضاً كذلك[٤] حكاه الصيدلاني وغيره.

وذكر القاضي ابن كج وجهاً آخر ورجحه: أنه يصدق المكاتبة[٥]، وفرق بأن المكاتبة يثبت لها اليد على نفسها وولدها، والمدبرة لا يد لها على نفسها ولا ولدها.

ولو اختلف السيد والمكاتب في المال فالمصدق المكاتب كما ذكرنا في المدبر.

فروع: دبر عبده ثم ملكهُ أمه فوطئها، وأولدها بني ذلك على أن العبد، هل يملك بالتمليك؟ إن قلنا لا يملك، فالولد للسيد، ويثبت نسبه من العبد ولا حد عليه للشبهة، ويحكى هذا عن نصه في "الأم".

وإن قلنا: يملك بالتمليك فالجارية للمدبر، والولد لا نحكم له بالحرية، فإنه[٦] حصل من رقيقين وبأيهما يلحق؟ فيه وجهان لابن سريج.

أحدهما: أنه يتبع الأم ويكون رقيقاً للسيد.

---

(١) في: ظ "ولأن".

(٢) في: أ "وإنما".

(٣) في: أ "فقال".

(٤) "كذلك" ليست في: ظ.

(٥) في: ظ "المكاتب".

(٦) في: أ "لأنه".

والثاني: يتبع الأب فيكون مدبراً كما أن الحر إذا أولد أمته يكون الولد ملحقاً به في الحرية.

جارية بين شريكين دبراها ثم أتت بولد، فادعاه أحدهما، فهو ابنه، ويضمن نصف قيمتها، ونصف قيمته، ونصف عقرها لشريكه، ونسبه[١] أخذ[٢] قيمتها يكون رجوعاً في[٣] التدبير.

وعن القاضي أبي الطيب: أنه قال: عندي[٤] لايقوم نصيب الشريك عليه إلا برضاه، لأنه قد ثبت له حق الولاء فيه قول المدبر في حياته، أو بعد موته "رددت التدبير" لغوٌ لا يقدح في التدبير. وا لله أعلم بالصواب.

---

(١) في: أ "منه".
(٢) في: ز "وإن أخذا".
(٣) في: أ "عن".
(٤) في: أ "عندي أنه".

كتاب الكتابة

وفيه بابان

الباب الأول: في أركان الكتابة.

الباب الثاني: في أحكام الكتابة

كتاب الكتابة

(قال [الغزالي]: الكتابة وهي عقد ليس بواجب ولكن يستحب إن التمس العبد وكان أميناً، قادراً على الكسب، فإن لم يكن أميناً لم تستحب، وإن لم يقدر على الكسب ففي الاستحباب وجهان).

[قال الرافعي]: ذكر الأئمة رحمهم الله: أن الكتابة مأخوذة من الكتب وهو الضم[١] والجمع، يقال كتبت البغلة إذا ضممت بين شفريها بحلقة أو سيرٍ. تعريفها لغة وشرعا

وكتبت القربة إذا أوكئت رأسها[٢].

ومنه الكتابة لما فيها من ضم بعض الحروف إلى بعض، والكتيبة لانضمام بعضهم إلى بعض.

فسمي هذا العقد كتابة لما ينضم فيه النجم إلى النجم[٣].

وقيل: سميت كتابة، لأنها توثق بالكتابة من حيث أنها منجمة مؤجلة[٤] وما يدخله الأجل يستوثق بالكتابة.

ولذلك قال تعالى ﴿**إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه**﴾[٥] قالوا: وعقد النكاح خارج عن قياس المعاملات من جهة أنها دائرة بين السيد، وعبده، وأن العوضين

---

(١) في: ز "الجمع والضم".

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة ١٥٨/٥، والقاموس المحيط ١٢١/١، والمصباح المنير ٥٢٥/٢.
وانظر: مغني المحتاج ٥١٦/٤. حيث قال: "وشرعاً: عقد عتق بلفظها بعوض منجم بنجمين فأكثر". انظر: نهاية المحتاج ٣٧٩/٨.

(٣) قال في المصباح المنير ٥٩٤/٢ "النجم: الكوكب. والجمع، أنجم ونجوم مثل فلس وأفلس وفلوس، وكانت العرب تؤقت بطلوع النجوم، لأنهم ما كانوا يعرفون الحساب، وإنما يحفظون أوقات السنة بالأنواء، وكانوا يسمون الوقت الذي يحلُّ فيه الأداء: نجماً. تجوزاً، لأن الأداء لايعرف إلا بالنجم، ثم توسعوا حتى سموا الوظيفة "نجماً لوقوعها في الأصل في الوقت الذي يطلع فيه النجم. واشتقوا منه فقالوا: نجمت الدين - بالتثقيل - إذا جعلته نجوماً..."

(٤) في: ظ "مؤجلة منجمة".

(٥) سورة البقرة، بعض من آية ٢٨٢.

للسيد، وأن المكاتب على رتبة متوسطة بين الرق والحرية، فليس له استقلال الأحرار، ولا عجر المماليك.

ولذلك تكون تصرفاته مترددةً بين الاستقلال ونقيضه[١] لكن الحاجة داعية إليها، فإن السيد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجاناً والعبد لا يتشمر للكسب تشمره إذا علق عتقه بالتحصيل والأداء فاحتمل الشرع فيه ما لم يحتمل في غيره، كما احتمل الجهالة في ربح القراض، وعمل الجعالة للحاجة.

الأدلة الدالة على مشروعية الكتابة

والأصل فيه الإجماع وقوله تعالى ﴿**والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً**﴾[٢].

وما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً في كتابة أظله الله يوم لا ظل إلا ظله"[٣].

حكم الكتابة

وأنه قال: المكاتب عبد مابقي عليه درهم[٤]. ولايجب على السيد أن يكاتب عبده بحال، كما لا يجب أن يدبر عبده، وأن يشتري قريبه.

وعن رواية صاحب "التقريب" رحمه الله قول: أن الكتابة واجبةٌ إذا طلبها العبد

---

(١) في: أ "نقصه". وفي ز "وغريمه نقيضه".

(٢) سورة النور، آية ٣٣.

(٣) الحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٦/٤: "رواه الحاكم من حديث سهل بن حنيف به بلفظ: من أعان مجاهداً في سبيل الله، أو غارما في عسرته، أو مكاتباً في مغبته أظله الله يوم لاظل إلا ظله، والبيهقي به.
انظر: الحاكم في مستدركه ٢٣٦/٢. وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه".
وأخرجه البيهقي ٥٣٩/١٠، من كتاب المكاتب، باب فضل من أعان مكاتباً في رقيته.

(٤) الحديث: قال عنه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٦/٤ "... وقد رواه مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر موقوفاً، ورواه ابن قانع من طريق أخرى عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً، وأعله".
انظر: موطأ مالك ٧٨٧/٢، من كتاب المكاتب، باب القضاء في المكاتب.
ثم قال: "قد ورد مرفوعاً عن عمرو ابن عمر شعيب، عن أبيه، عن جده عن النبي ﷺ ورواه أبوداود ٢٠/٤، كتاب العتق، باب في المكاتب. وابن ماجه ٨٤٢/٢، من كتاب العتق، باب المكاتب.

لقوله ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾[(١)].

والمذهب الأول[(٢)] وإلا[(٣)] لبطل أثر الملك، واحتكم المماليك على المالكين. نعم تستحب الإجابة إذا التمسها العبد، إذا كان أميناً قادراً على الكسب، وبها فسر الشافعي[(٤)] رضي الله عنه الخير في قوله تعالى ﴿إن علمتم فيهم خيراً﴾ واعتبرت القدرة على الكسب ليتمكن من تحصيل ما يؤديه، والأمانة لئلا يضيع مايحصل[(٥)] ويصرفه إلى السيد فيعتق، فإن فقد الشرطان معالم تستحب الكتابة، لأنه لا يقوى رجاء العتق بها وقد يجزم[(٦)] بالاستقلال حالاً ويعجز نفسه آخراً، ولكنها لا تكرة فعساها تفضي إلى العتق.

وقال أحمد[(٧)] تكره.

وبه قال أبوالحسين ابن القطان رحمهما الله.

وإن فقدت الأمانة: وقدر على الكسب لم تستحب أيضاً، لأنه لا يوثق به.

وفي "الكافي" للروياني رحمه الله: وجه أنها تستحب، ولكن الاستحباب ههنا دون الاستحباب فيما إذا اجتمع الوصفان. وحكاه القاضي ابن كج رحمه الله أيضاً. فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب "لم تستحب" بالواو.

وإن لم يقدر على الكسب، ولكن كان أميناً ففي الاستحباب وجهان مذكوران في الكتاب.

أحدهما:[(٨)] تستحب، لأنه إذا عرفت أمانته أعين بالصدقات ليعتق[(٩)].

---

(١) سورة النور، آية ٣٣.

(٢) المختصر ص ٣٢٣، والحاوي ١٦٢/٢٢، والوسيط ٥٠٧/٧، والتهذيب ٤١٩/٨، والروضة ٢٠٩/١٢، ومغني المحتاج ٥١٦/٤، ونهاية المحتاج ٣٧٩/٨.

(٣) في: أ "إلا".

(٤) انظر: الأم ٣١/٨. وانظر: سنن البيهقي ٥٣٥/١٠.

(٥) قوله: "مايؤديه والأمانة لئلا يضيع ما يحصله" ليست في: ب، ظ.

(٦) مكرر في ز "يجز".

(٧) انظر: المقنع ص ٢٠١، والمغني ٤٤٣/١٤.

(٨) انظر: الوجيز ٢٨٤/٢.

(٩) في: أ "فيعتق".

وأظهرهما: المنع لتعزر رجاء العتق بما لا يتوظف، ولا يوثق به.

وإذا طلب السيد الكتابة لم يجبر العبد عليها[1].

وروى القاضي ابن كج أن عند مالك رحمهما الله يجبر[2].

الباب الأول: أركان الكتابة

(قال [الغزالي]: ولها أركان وأحكام: النظر الأول في أركانها: وهي أربعة الأول الصيغة وهي أن يقول: كاتبتك على ألف في نجمين فصاعداً إن أديته فأنت حر، فإن لم يصرح بالتعليق، ونوى كفى أو لا يكفي مجرد لفظ الكتابة دون صريح التعليق أو نيته، ولو قال: أنت حر على ألف فقبل[3] عتق في الحال، والألف في ذمته.

ولو قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت حر، فأعطى من مال غيره إذ لا مال هل يعتق؟ فيه وجهان.

فإن قلنا: يعتق، فهل يرجع إلى قيمة الرقبة، لأن الألف ترد على صاحبها[4] ويتبعه[5] الكسب كما في الكتابة الفاسدة، أو هو تعليق محض؟ فيه وجهان.

ولو باع العبد من نفسه صح، وله الولاء وقيل لا ولاء له، لأنه عتق على نفسه).

[الفصل الأول: في الألفاظ التي تحصل بها الكتابة]

[قال الرافعي] عد أركان الكتابة أربعةٌ أحدها: الصيغة: وهي أن يقول العبد: كاتبتك على ألف تؤديه إليَّ في نجمين أو أكثر، فإذا أديت فأنت حر، فيقول العبد: قبلت ولم يصرح بتعليق الحرية بالأداء ولكن نواه بقوله: كاتبتك على كذا صحت الكتابة أيضاً.

---

(١) في: ب، ز "عليه".

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٦، والتاج والاكليل ٣٤٤/٦.

(٣) في: ظ "وقيل".

(٤) "لأن الألف ترد على صاحبها" ليست في: أ.

(٥) "يتبعه" ليست في: ب، ظ.

وإن لم يصرح بالتعليق ولا نواه لم تصح الكتابة، ولم يحصل العتق.

ومن الأصحاب رحمهم الله: من خرَّج من التدبير قولاً: أن لفظ "الكتابة" صريح مغنٍ عن التصريح بالتعليق وعن نيته.

وقد ذكرناه في "التدبير".

وليعلم قوله في الكتاب" ولا يكفي مجرد لفظ الكتابة دون صريح لفظ التعليق ونيته" مع الواو بالحاء والألف، لأنه صريح عندهما.

ووراء هذا شيئان.

أحدهما: عن أبي إسحق رحمه الله: أنه إن كان الرجل فقيهاً صحت كتابته بمجرد اللفظ، وإلا فلا بد من التعليق أو نيته، وفي "تعليقة الشيخ أبي حامد رحمه الله" بناء هذا التفصيل على الفرق بين التدبير، و الكتابة، بأن التدبير مشهور عند الخواص والعوام، والكتابة لا يعرفها إلا الخواص وقد سبق هذا[1] في "التدبير".

وذكر أن أبا إسحق رحمه الله قال: هذا لو كان الرجل حديث عهد بالإسلام أو جاهلاً بالإحكام لا يعرف التدبير، لا ينعقد تدبيره بمجرد لفظ التدبير، حتى تنضم إليه نية أو زيادة لفظ.

والثاني: حكى الصيدلاني عن بعض الأصحاب إذا ذكر ما تتميز به الكتابة عن المخارجة كفى مثل أن يقول تعاملني أو أضمن لك أرش الجناية أو تستحق مني الإيتاء أو من الناس سهم الرقاب كفى ذلك، ولا حاجة إلى تعليق الحرية بالأداء، ويؤيده ماذكر الإمام: أن قوله ههنا إذا أديت فأنت حر ليس المقصود منه التعليق على الحقيقة، وإنما هو نطق بمضمون العقد على الغالب، والغرض إزالة التردد في لفظ الكتابة، ولذلك قد يحصل العتق بغير الأداء، ويكتفي بالنية من غير لفظ التعليق.

ولو كان التعليق مقصوداً لبعد حصوله بالنية ولا يكفي قوله: كاتبتك بحال، كما إذا قال: بعتك كذا و لم يذكر العوض ثم في الفصل مسألتان:

---

(١) انظر: الوجيز ٢٨١/٢، والروضة ١٨٦/١٢.والقسم المحقق ص٠ ١١٠ وما بعدها.

المسألة الأولى إذا قال: أنت حر على ألف فقبل العبد ونحو ذلك

إحداهما: إذا قال: أنت حر على ألف فقبل العبد وعتق في الحال وثبت الألف في ذمته، وهو كما لو قال لزوجته: أنت طالق على ألف فقبلته.

ولو قال: إن أعطيتني ألفاً أو إن أديت إليَّ ألفاً فأنت حر فلا يمكنه أن يعطى من مال نفسه فإنه لا يملك شيئاً، فهو كما لو قال لزوجته: إن أعطيتني ألفاً، فأنت طالق فأتت بألف مغصوبٍ، وقد ذكرنا في "الخلع"[(١)] وجهين في وقوع الطلاق.

والأظهر[(٢)]: أنه لا يقع ففي[(٣)] حصول العتق ههنا إذا أعطى من مال غيره مثل ذلك الخلاف، فإن فرّعْنا على أنه يعتق فعن الشيخ أبي علي رواية وجهين في "شرح التلخيص" في أن سبيل هذه المعاملة سبيل الكتابة الفاسدة، أو هي تعليق محض.

أحدهما: أنها[(٤)] كالكتابة الفاسدة حتى يرد السيد ما أخذ ويرجع على العبد بقيمة رقبته وحتى يتبعه الإكساب، والأولاد الحاصلة بعد التعليق.

والثاني: أنه ليس لها حكم الكتابة الفاسدة وعلى هذا فوجهان.

أحدهما: أنه يرجع على العبد بقيمة رقبته كما إذا قال لزوجته: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأعطته ألفاً مغصوباً وقلنا: بوقوع الطلاق، فإنه يرجع عليها[(٥)] بمهر المثل[(٦)].

والثاني: أنه لا رجوع له والذي جرى محض تعليق ويخالف الزوجة، فإنها أهل التزام[(٧)] وقت المخاطبة والعبد ليس أهلاً له، قال في "الوسيط"[(٨)].

والظاهر أنه لا رجوع للسيد بالقيمة، وأنه لا يتبعه الكسب والولد.

---

(١) انظر: الوجيز ٤٥/٢، والروضة ٤٠٥/٧.
(٢) انظر: الروضة ٢١٠/١٢، ومغني المحتاج ٥١٧/٤.
(٣) في: ظ "في".
(٤) "أنها" ليست في: أ.
(٥) في: أ "عليهما".
(٦) "مهر المثل" ليست في: ب، ظ، ز.
(٧) في: ز "الإلتزام".
(٨) انظر: الوسيط ٥٠٧/٧.

المسألة الثانية إذا قال لعبده بعت منك نفسك بكذا وقال العبد اشتريت ونحو ذلك

الثانية: إذا قال لعبده بعت منك نفسك بكذا وقال العبد اشتريت، أو قال العبد بعني نفسي بكذا، فقال: بعت، صح البيع وثبت المال في ذمته وعتق في الحال كما لو أعتقه على مال، هذا ظاهر المذهب[١].

وعن نقل الربيع رحمه الله، أو تخريجه قول: أنه لا يصح البيع، لأن السيد لا يتابع عبده، ألا ترى أنه لا يبيع منه مالاً آخر، وأيضاً فإن البيع[٢] لإثبات الملك وهو لا يملك نفسه.

واختلفوا فيه: فمن الأصحاب من أثبت هذا قولاً آخر، منهم أبو حامد القاضي، والشيخ، ومنهم من جعله من كيس الربيع، وقطع بالأول، ويحكى ذلك عن أبي إسحق، وابن أبي هريرة رحمهم الله.

وإذا قلنا بصحة البيع، وحصول العتق، فللسيد الولاء عليه، كما لو أعتقه على مال.

وفيه وجه آخر مذكور من قبل[٣].

ولو أقر السيد بأنه باع منه نفسه، وأنكر العبد، عتق العبد بإقرار السيد، وحلف العبد أنه لم يشتر ولا شئ عليه.

ولو قال: بعتك نفسك بهذه العين أو بخمر أو خنزير، فإن صححنا بيعه منه وأثبتنا الولاء للسيد فيعتق، وعلى العبد قيمة رقبته، كما لو قال: أعتقتك على خمر أو خنزير.

وإن قلنا: لا ولاء عليه فلا يصح، ولا يعتق كما لو باعه من أجنبي بخمر أو خنزير.

ولو قال: وهبت منك نفسك[٤] أو ملكتك نفسك فقبل،عتق.

---

(١) انظر: المصدر نفسه، والتهذيب ٤٢٠/٨، والروضة ٢١١/١٢، ومغني المحتاج ٥١٦/٤.
(٢) في: أ "عقد البيع".
(٣) انظر: الوجيز ٢٧٩/٢، والروضة ١٧٠/١٢. "وهو على المذهب".
(٤) "نفسك" ليست في: أ.

وعند أبي حنيفة[1] رحمه الله يعتق بلا قبول.

ولو أوصى له برقبته، فإذا قبل بعد الموت عتق.

واعلم أن الإعتاق على عوض، وبيع العبد من نفسه يشاركان الكتابة في أن كل واحد منهما يتضمن إعتاقاً بعوض ويفارقانها في الشروط والأحكام، وهما عقدان برأسهما.

(قال [الغزالي]: الركن الثاني العوض وشروطه[2] أربعة: الأول أن يكون ديناً إذ لو كان عيناً لكان من ملك غيره إذ لا ملك له.

الثاني: الأجل: فلا تصح الكتابة الحالة، لأنه يعجز عقيب[3] العقد إذ لا بد من لحظة في الاكتساب إلا أن يكون نصفه حراً فتصح كتابته بغير أجل على أحد الوجهين.

ولو باع من المفلس بغير أجل بثمن يزيد على قيمة المثل[4] فيعجز عنه ولكن الظاهر صحته.

وفيه وجه آخر أنه لا يصح).

[الفصل الثاني: في العوض وشروطه]

[قال الرافعي]: في أحد شروط العوض في الكتابة: أن يكون ديناً ليلتزمه في الذمة ثم يحصله فيؤديه، وأما الأعيان، فإنه لا يملكها حق يُورد العقد عليها.

والثاني: أن يكون مؤجلاً، ووجه اشتراط التأجيل بأمرين

أحدهما: اتباع السلف فإنهم لم[5] يعقدوا الكتابة: إلا على عوض مؤجل.

---

(١) انظر: الهداية ٢/٥٠، وفتح القدير ٤/٢٣٥.

(٢) في: ظ "وشرطه".

(٣) في: أ "تعقيب". وفي: ظ "تعجيز عقب".

(٤) في: ز ، ظ "المبيع".

(٥) في: أ "لا".

والثاني: أن[1] على تقدير الحلول تتوجه المطالبة في الحال وهو عاجز عن الأداء حينئذ فيكون كالسلم في شيء لا يوجد عند المحل.

واعترض على المعنى الثاني: بأنه قد يوصي له بمال لو قبل الكتابة، ويموت الموصى قبل عقد الكتابة.

أو يوهب منه عقيب[2] العقد فلا يتحقق العجز.

وأجيب عنه: بأن قبول الوصية، والهبة لابد وأن يتأخر عن قبول الكتابة فيكون العوض، لازماً قبل القدرة والتمكن، وقد لا يتيسر القبول.

واعترض أيضاً بأنه لو جرى عقد الكتابة على قدر[3] من الملح، وهما على مملحةٍ[4] فيمكنه تسليم الملح عقيب عقد الكتابة، وأجيب عنه بأنه لايملك الملح لم يأخذه، والأخذ يتأخر عن الكتابة، وقد يعوق عنه عائق.

ولو ملك شقصاً من عبد باقيه حرٌ فكاتب ما يملكه منه حالاً ففيه وجهان.

أظهرهما: المنع اتباعاً لما جرى عليه الأولون.

والثاني: أنه[5] يجوز، لأنه قد يملك ببعضه الحر مايؤديه فلا يتحقق العجز في الحال.

ويصح البيع من المعسر، لأن الحرية مظنةٌ القدرة وإن لم يملك شيئاً آخر فإنه يقدر على أداء الثمن من المبيع[6]، فإن زاد الثمن على قيمة المبيع المشهور الصحة أيضاً، لأنه قد يجد زبوناً يشتريه بقدر الثمن.

وعن رواية الشيخ أبي محمد رحمه الله وجه: أنه لا يصح البيع والحالة هذه.

---

(١) في: أ "أن يكون".
(٢) في: ز "عقب".
(٣) في: ظ "عقد".
(٤) في: أ "ملحه". وانظر: المصباح المنير في تعريف ذلك ٥٧٨/٢.
(٥) "أنه" ليست في: ظ.
(٦) في: أ "البيع".

وذكر القاضي ابن كج نحواً من هذا على سبيل الاحتمال، فقال: متى اشترى شيئاً في ذمته على أن يؤديه في الحال، ولم يقدر على ذلك فلا يبعد أن يبطل.

وعن القاضي الحسين ذكر وجهين، فيما إذا أسلم إلى المكاتب عقيب[١] عقد الكتابة.

ووجه الجواز يقدر به[٢] برأس[٣] المال، والخلاف قريب من الخلاف في البيع من المعسر، والبيع أولى بالصحة، لأن الثمن يحتمل مالا يحتمله المسلم فيه، ألا ترى أنه لايجوز الاعتياض عنه، وفي الاعتياض عن الثمن خلاف.

وقوله في الكتاب "ولو باع من المفلس" المراد من المفلس ههنا المعسر الذي لا شيء له دون المحجور عليه لحق الغرماء.

واعلم أنه يلزم من اشتراط التأجيل اشتراط الدينية، لأن الأعيان لا تقبل الأجل، فكان[٤] بسبيل من أن[٥] يستغني عن ذكر الشرط الأول بذكر الشرط الثاني.

(قال "الغزالي": الثالث: أن ينجم بنجمين فصاعداً اتباعاً للسلف، ويجوز لو كانت على خدمة شهر ودينار بعد العقد بيوم، لأن المنفعة تستحق عقيب[٦] العقد، وإنما التأخير[٧] للتوفية، فلا[٨] يضر الحلول فيه، لاتصال القدرة بالعقد ولو[٩] كاتب[١٠] على خدمة شهرين ليكون كل شهر نجماً لم يجز، لأن الكل مستحق عند[١١] العقد، ولو أضاف استحقاق الشهر الثاني إلى الشهر الأول فوجهان.

---

(١) في: ز "عقب".
(٢) في: أ، ب "بقدرته".
(٣) في: ظ "رأس".
(٤) في: ز، ظ "وكان".
(٥) "أن" ليست في: ظ.
(٦) في: ز "عقب".
(٧) في: ب "التأخر".
(٨) في: ز ، ظ "ولا".
(٩) في: أ "وإن".
(١٠) في: أ "كانت".
(١١) في: أ "عقيب".

ولو أعتقه على أن يخدمه شهراً، عتق في الحال وعليه الوفاء، فإن تعذر فيرجع إلى قيمة المنفعة أو قيمة الرقبة فعلى قولين كما(١) في بدل الخلع)

[الشرط الثالث: التنجيم بنجمين فصاعداً]

[قال الرافعي]: ومن شروط العوض في الكتابة التنجيم بنجمين فصاعداً.

وقال أبوحنيفة، ومالك(٢) رحمهما الله تصح الكتابة على نجم واحد.

لنا أنه المأثور عن الصحابة رضي الله عنهم فمن بعدهم عملاً وقولاً، ويروي عن عثمان رضي الله عنه: أنه غضب على عبد له فقال لا عاقبتك ولا كاتبتك على نجمين(٣) وفيه إشعار بأنه الغاية من التضيق. وعن علي- كرم الله وجهه- أنه قال: الكتابة على نجمين.

وقال الماسرخسي رأيت أبا إسحق في مجلس النظر قرر ذلك فقال: كانت الصحابة رضي الله عنهم يسارعون إلى القربات والطاعات، فلو جازت الكتابة على نجم واحد لبادروا إليها.

وعن ابن سريج رحمه الله الاحتجاج بما قدمنا أن الكتابة مشتقة من ضم النجوم بعضها إلى بعض، وأقل ما يحصل به الضم نجمان، والمعنى فيه أن الكتابة عقد إرفاق، ومن تتمة الإرفاق التنجيم، ولذلك ضربت الدية على العاقلة مؤجلة منجمة ليتيسر عليهم الأداء، ومن بعضه حرٌ، وبعضه رقيق، هل يشترط في كتابة الرقيق منه التنجيم أو تستثنى هذه الصورة؟.

فيه وجهان كالوجهين في اشتراط التأجيل فيها.

---

(١) "كما" ليست في: ظ.

(٢) انظر: الهداية ٢٥٣/٣. وانظر: مختصر خليل ص ٢٩٦.

(٣) الأثر: أخرجه البيهقي في سننه ٥٤٠/١٠ حديث ٢١٦٢٣ من كتاب المكاتب - باب مكاتبة الرجل عبده أو أمته على نجمين فأكثر بمال صحيح.
قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٦/٤ "حديث عثمان ...، البيهقي من طريق مسلم بن أبي مريم عن رجل قال: كنت مملوكاً لعثمان، فذكره مطولاً، وفيه قصة للزبير معه". وانظر البدر المنير ٤٦٢/٢.

وهل يجوز أن يكاتب على مال كثير إلى نجمين قصيرين أو إلى نجمين طويل[١] وقصي،ر مع شرط أداء الأكثر في النجم الأقصر؟ فيه وجهان

أظهرهما: نعم. ليتحقق الإمكان، كما لو أسلم إلى معسر في مال كثير.

والثاني: المنع، لأن ما يندر الإقتدار عليه، يلحق في المعاملات بالمعجور عنه، ألا ترى أنه يبطل السلم فيما يعز وجوده، كما يبطل فيما يستيقن عدمه[٢] والوجهان ظاهران على طريقة من يقول: يشترط التأجيل في الكتابة لتحصل[٣] القدرة على الأداء.

قال الإمام رحمه الله ويمكن إجراؤهما[٤] مع الاعتماد على اتباع الأولين فعلى أحد الوجهين يجوز لحصول صورة التأجيل، والتنجيم.

وعلى الثاني: لايجوز فإنا وإن اتبعنا فلا ينكر فيهم معنى[٥] المواساة، وإذا بعد الإمكان بطلت المواساة، وهذا يناظر اختلاف القول في إلحاق المحارم بالاجنبيات في اللمس الناقض للطهارة.

ثم في الفصل مسألتان:

إحداهما: يجوز أن يجعل عوض الكتابة منفعةً كبناء دار، وخياطة ثوب، وخدمة شهر، كما يجوز أن تجعل المنافع ثمناً وأجرة.

وعن مالك[٦] رحمه الله منعه، ولا يجوز أن يكتفي بخدمة شهر أو شهرين أو سنة عوضاً وتقدر خدمة[٧] كل عشرة أيام نجماً أو خدمة كل شهر من السنة نجماً، لأن الجميع نجم واحد والمطالبة ثابتة به[٨] في الحال إلا أنه يوفي بمضي الزمان.

---

(١) في: ز "قصير وطويل".

(٢) في: ظ "وجوده وعدمه".

(٣) في: أ "التحصل". وفي ب، ظ "لتحمل".

(٤) في: ظ "إجراهما".

(٥) "معنى" ليست في: ظ.

(٦) انظر: مختصر خليل ٢٩٦.

(٧) "خدمة" ليست في: أ.

(٨) "به" ليست في: أ.

ولو شرطا صريحاً أن تكون خدمة شهرٍ نجماً وخدمة الشهر بعده نجماً آخر فوجهين.

أصحهما: وهو المنصوص في "الأم"[١]: المنع، لأن منفعة الشهر الثاني[٢] متعينة والمنافع المتعلقة بالأعيان لايجوز أن يشترط[٣] تأخيرها.

والثاني: يجوز، واتصال ابتداء الشهر الثاني بانتهاء الأول يخرجه عن أن يكون عقداً على المستقبل.

وهذا كالخلاف في إجارة الدار السنة القابلة، أو هو هو، فإن انقطع مبتدأ المدة الثانية عن منقرض الأولى، كما لو كاتبه على خدمة شهر، وخدمة شهر آخر بعد ذلك الشهر بعشرة أيام، لم يجز بلا خلاف، وينبغي أن تتصل الخدمة وغيرها من المنافع المتعلقة بالأعيان بعقد الكتابة ولا تتأخر عنها.

وهذا كما أن عين المبيع لا تقبل التأجيل، وتأخير التسليم.

ولو كاتبه في رمضان على خدمة شوال لم يجز.

ولو كاتبه على دينار يؤديه في آخر الشهر وعلى خدمة شهر بعد ذلك لم يجز.

وعن أبي حنيفة[٤] رحمه الله تجويزه.

وأما المنافع الملتزمة في الذمة كخياطة ثوب[٥] معين، وبناء جدار موصوف ودار موصوفة فيجوز فيها التأجيل.

ولو كاتبه على بناء دارين[٦] وجعل لكل واحد منهما وقتاً معلوماً صحت الكتابة.

---

(١) انظر: الأم ٣٢/٨، وانظر: الوسيط ٥١٠/٧، والروضة ٢١٧/١٢.

(٢) "الثاني" ليست في: ظ.

(٣) في: ب "يشرط".

(٤) انظر: الهداية ٢٥٣/٣.

(٥) في: ز "ثوب واحدٍ".

(٦) في: ز "على خدمة شهر من الآن".

إذا تقرر ذلك: فلو قال: كاتبتك على خدمة شهر من الآن وعلى دينار بعد انقضاء الشهر بيوم، أو شهر، جاز لحصول التأجيل والتنجيم.

ولو قال[١] على خدمة شهر ودينار عند انقضاء الشهر، فظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه: أنه يجوز، بل عن نصه في "الأم"[٢]: أنه إذا شرط الدينار بعد الشهر أو معه كان جائزاً.

واختلف الأصحاب فيه على وجهين: وعن ابن سريج: أن فيه قولين

أحدهما: وبه قال أبوإسحاق رحمه الله: لايجوز[٣]، لأن استحقاق الدينار يتصل بالفراغ من الخدمة، فيصيران معاً كالنجم الواحد، ويحكى هذا عن اختيار أبي الطيب بن سلمة، والطبري والقاضي أبي حامد رحمهم الله: وهؤلاء حملوا ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه على ما إذا قال[٤]: ودينار، بعد العقد بيوم أو شهر، وغلطوا الربيع رحمه الله في رواية أو معه.

وأظهرهما: وبه قال ابن أبي هريرة واختاره[٥] الشيخان أبوحامد، والقفال رحمهما الله: الجواز، لأن المنفعة مستحقة في الحال، والمدة لتقديرها والتوفية فيها، والدينار، إنما يُستحق المطالبة به عند انقضاء الشهر، وإذا اختلف الاستحقاق حصل التنجيم.

قالوا: ولا بأس بكون المنفعة حالة، لأن التأجيل يشترط لحصول القدرة، وهو قادر على الاشتغال بالخدمة في الحال بخلاف ما لو كاتب[٦] على دينارين، أحدهما حال، والآخر مؤجل.

---

(١) في: أ "قالت".
(٢) انظر: الأم ٣٣/٨.
(٣) في: أ "أنه لايجوز".
(٤) في: ز "أو دينار".
(٥) "اختاره" ليست في: ظ.
(٦) في: ز ، ظ "كانت".

وبهذا يتبين أن الأجل وإن كان يطلق اشتراطه في عوض الكتابة، فليس ذلك بشرط في المنفعة التي تقدر على الشروع في توفيتها في الحال.

ولو كاتبه على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر مثل أن يقول: ودينار بعد العقد بيوم وهذه الصورة هي المذكورة في الكتاب.

فعن أبي الحسين بن القطان القطع بالمنع.

والظاهر إجراء الوجهين، والظاهر منهما الجواز وهو المذكور في الكتاب(١).

ويجوز أن يعلم قوله "ويجوز لو كاتب على خدمة شهر ودينار بعد العقد" مع الواو بالميم لما قدمنا من مذهب مالك رضي الله عنه.

ولو قال: على خدمة شهر، من وقت العقد، وعلى خياطة ثوب موصوف بعد انقضاء الشهر فهو كما لو قال وعلى دينار، بعد انقضاء الشهر، وذكر في "التهذيب": أنه لابد من بيان العمل في الخدمة إذا كاتب عليها(٢).

وقال ابن الصباغ يكفي إطلاق الخدمة.

نعم لو قال على منفعة شهر فلا يجوز لاختلاف المنافع، فإذا كاتب على الخدمة والدينار، فمرض في الشهر، وفاتت الخدمة انفسخت الكتابة في قدر(٣) الخدمة، وفي الباقي قيل(٤): هو كما لو باع عبدين فتلف أحدهما قبل القبض ففي الباقي طريقان.

أحدهما: القطع ببقاء العقد فيه.

والثاني: أن فيه قولين، وقيل تبطل الكتابة في الباقي بلا خلاف، لأن الكتابة لا تقف على بعض العبد.

وهذا ما حكاه القاضي أبوالطيب رحمه الله.

---

(١) قوله: "فعن أبي الحسين ... وهو المذكور في الكتاب" ليست في: ز.

(٢) انظر: التهذيب ٨/٤٢٠ والحاوي ٢٢/١٦٦.

(٣) في: ظ "وزن".

(٤) في: ظ "مثل".

المسألة الثانية: إذا قال لعبده أعتقتك على أن تخدمني أو على أن تخدمني أبداً فقبل العبد عتق[١] في الحال، ويرجع السيد عليه بقيمته، لأنه لم يعتقه مجاناً.

ولو قال على أن تخدمني شهراً من الآن فقبل عتق، وعليه الوفاء فإن تعذر بمرض، وغيره، فيرجع السيد عليه بأجرةٍ مثل الخدمة وهي قيمة المنفعة أو بقيمة العبد؟ فيه قولان كالقولين في الصداق[٢] وبَدْلَ الخلع[٣] إذا تلفا قبل القبض.

ولو قال كاتبتك على أن تخدمني أبداً فلا عتق.

ولو قال على أن تخدمني شهراً فقبل وخدمه شهراً عتق، ويرجع السيد عليه بقيمته، والعبد على السيد بأجرة مثل الخدمة، لأنها كتابة فاسدة، وإن خدمه أقل من شهر لم يعتق.

(قال [الغزالي]: الرابع إعلام القدر، والأجل والنجم، وليميز محل كل نجم، فلو كاتب على مائة يؤديها في عشر سنين لم يجز حتى يتبين محل كل نجم.

ولو شرط في الكتابة أن يشتري منه شيئاً فسد.

ولو كاتبه وباعه شيئاً على عوض واحد دفعةً واحدةً فسد البيع، وفي الكتابة قولا تفريق الصفقة.

ولو كاتب ثلاثة أعبد على ألف في صفقةً واحده، فالنص الصحة، وفي شراء ثلاثة أعبد من ثلاثة مُلاّكٍ فالنص[٤] الفساد، وفي خلع نسوة ونكاحهن دفعة بعوض واحد نص على قولين فقيل في الكل قولان، لكن العوض معلوم الجملة غير معلوم التفصيل).

---

(١) في: ب "عتق العبد".

(٢) انظر: الوجيز ٢/٢٧.

(٣) انظر: الوجيز ٢/٤١.

(٤) في: أ "النص".

[الشرط الرابع: الإعلام في الكتابة]

[قال الرافعي]: فيه ثلاثة مسائل: إحداها: لابد من إعلام قدر العوض وصفته، وأقدار الآجال، وما يؤدي عند حلول كل أجل، فإن كاتب على شيء من الأثمان، كفى الإطلاق: إن كان في البلد نقدٌ واحدٌ أو نقود، والغالب منها واحد، وإلا فلابد من التبيين والتمييز.

وإن كاتبه على عوض وصفه بالصفات المعتبرة في السلم(١).

وعن أبي حنيفة(٢) وأحمد(٣): يجوز الإطلاق، ويحمل العبد المطلق على عبد وسط.

ولو كاتب على عين وصفها على أن يؤدي نصفها بعد انقضاء سنة والنصف الآخر بعد انقضاء سنتين، لم يصح، لأنه إذا سلَّم(٤) النصف في السنة الأولى تعين النصف الثاني للثانية والمعين لايجوز شرط الأجل فيه، ولا يشترط تساوي الآجال، ولا تساوي المقادير المؤداة عند حلول الآجال.

وإذا كاتبه على مائة على أن يؤدي نصفها أو ثلثها عند انقضاء خمس سنين، والباقي عند تمام العشر، أو على أن يؤدي عند تمام كلِّ سنة عشرة جاز.

ولو قال: تؤدي بعضها عند انقضاء نصف المدة والبعض عند تمامها لم يجز، وإن قال: تؤديها في عشر سنين لم يجز ووجهوه بمعنيين.

أحدهما: أنه كتابة إلى أجل واحد.

والثاني: أن "في" لا تقتضي إلا(٥) الظرفية و لم يبين أنه يؤديها دفعةً واحدة، أو في دفعات، ولا أنه يؤدي في أولها أو وسطها أو آخرها.

وفيه وجه: أنه يجوز ويوزع المال على عدد السنين.

---

(١) انظر الوجيز ١/١٥٤- ١٥٦.

(٢) انظر: الهداية ٣/٢٥٣.

(٣) انظر: المغني ١٤/٤٥٤.

(٤) في: ز "أسلم".

(٥) "إلا" ليست في: ظ.

ولو قال: في شهر كذا أو في سنة وكذا. فهو مجهول، ويحمل[١] على أول الشهر، وأول السنة، وفيه وجهان كما ذكرنا في "السلم" مثلهما[٢]

ولو قال: في وسط السنة فهو مجهول أو يحمل على النصف، لأنه الوسط في الحقيقة.

حكى القاضي الروياني رحمه الله في "الكافي" وجهين، فيه

ولو قال: يؤديها إلى عشر سنين لم يجز، لأنه كتابة إلى أجل واحد.

ولو قال كاتبتك على مائة تؤديها إليّ في ثلاثة أشهر قسط كل شهر، عند انقضائه، نقل القاضي ابن كج عن ابن سريج: أنه يجوز.

وعن ابن أبي هريرة رحمهم الله وغيره: المنع إذا[٣] لم يعلم حصة كل شهر في الحال.

وقوله في الكتاب: "إعلام القدر والأجل والنجم" كأنه يعني بالقدر قدر جملة العوض وبالنجم القدر المؤدي عند كل محل، ويشبه أن يقال: يكفي إعلام المؤدي عند كل محل، ويسهل منه معرفة الجملة إذا أرادها.

والنجم في الأصل الوقت ويقال: كانت[٤] العرب لا يعرفون الحساب، ويبنون أمورهم على طلوع النجوم والمنازل فيقول: أحدهم إذا طلع نجم الثريا أديت من حقك كذا، فسميت الأوقات نجوماً[٥].

ثم قد يسمى المؤدي في الوقت نجما.

فرعان: الأول لو كاتب عبده على دينار إلى شهر وديناريين إلى شهرين على أنه إذا أدى الدينار الأول عتق ويؤدي الدينارين بعد العتق.

---

(١) في: ب "أو يحمل".
(٢) من قوله: "أو في سنة كذا . . . مثلهما" ليست في: أ. وانظر: الوجيز ١/١٥٥
(٣) في: ز "إذ".
(٤) في: أ، ب: "كاتب".
(٥) سبق ذلك في ص١١٤٩.

فعن ابن سريج رحمه الله: أن في صحة الكتابة قولين وهما عند بعضهم القولان في أن الصفقة[١] إذا جمعت بين عقدين مختلفين هل يحكم بصحتهما[٢].

وعند بعضهم متأصلان ويوجه البطلان بأنه شرط ما يخالف قضية الكتابة، لأن قضيتها أن يعتق بأداء جميع النجوم دون البعض.

والصحة بأنه لو كاتبه مطلقاً وأدى بعض المال ثم أعتقه على أن يؤدي الباقي بعد العتق، جاز فكذلك إذا شرطه في الابتداء كذلك[٣] نقله ابن الصباغ وغيره رحمهم الله.

الثاني: هل يشترط أن يعين موضع تسليم النجوم؟

ذكر القاضي ابن كج رحمه الله[٤]: أن فيه الخلاف المذكور في "السلم[٥]" وذكر خلافاً في أنه إذا عين موضعاً، فخرب ذلك الموضع، يسلمها في ذلك الموضع، أو في أقرب المواضع إليه.

فرع ثالث: إذا كاتب على مال الغير فسدت الكتابة خلافاً لأبي حنيفة[٦] رحمه الله في الدراهم والدنانير، بناء على أنهما لايتعينان بالتعيين، والمقصود من الإشارة إليهما المقدار.

ثم قال الصيدلاني رحمه الله: إذا أذن رب المال في أن يعطيه سيده فأعطاه حصل العتق، وإن أدى بغير إذن المالك لا يحصل العتق بخلاف ما إذا[٧] قال: إن أديت هذا إليَّ فأنت حرٌّ فإنه إذا أداه يعتق، وإن كان مستحقاً، لأن ذلك محض تعليق، وهذه كتابة تقتضي التمليك، وإذا وجد أذن المالك فقد وجد ما يقتضي الملك لكنه يجب الرد

---

(١) في: ظ "الصيغة".
(٢) في: ب "بصحتها".وانظر: الوجيز ١/١٤٠- "أولاهما البطلان".
(٣) في: أ، ز "لذلك".
(٤) في: ظ "ابن كج وغيره".
(٥) انظر: الوجيز ١/١٥٥.
(٦) انظر: الهداية ٣/٢٥٤.
(٧) في: ز "لو".

والرجوع إلى القيمة لفساد الكتابة على ماسنذكر إن شاء الله تعالى في أحكام الكتابة الفاسدة[١]

المسألة الثانية: إذا شرط[٢] في الكتابة أن يشتري العبد منه شيئاً أو يشتري هو من العبد فسدت الكتابة لأنه شرط عقداً في[٣] عقد.

ولو كاتبه وباعه شيئاً على عوض واحد بأن قال: كاتبتك وبعت منك هذا الثوب بمائة إلى شهرين تؤدي منها خمسين عند انقضاء الأول، والباقي[٤] عند انقضاء الثاني فإذا[٥] أديت فأنت حر، فقال العبد قبلت الكتابة والبيع أو البيع والكتابة أو قال قبلتهما جميعاً ففيه طريقان.

أحدهما: وبه قال صاحب "الإفصاح" رحمه الله إنهما على القولين فيما إذا جمع في صفقة واحدة بين عقدين مختلفي الحكم ففي قول يصحان.

وفي آخر يبطلان.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب أن البيع باطل لتقدم أحد شقيه على مصير العبد من أهل مبايعة السيد، وإذا بطل البيع ففي صحة الكتابة قولان، لأنه جمع في الصفقة الواحدة بين مايجوز، ومالا يجوز، كما لو باع عبده وعبد غيره.

فإن قلنا: تصح الكتابة، وهو الأظهر فيصح[٦] بجميع العوض في أحد القولين وبالقسط في أصحهما فيوزع[٧] ماسماه على قيمة العبد وقيمة الثوب فما يخص العبد يلزمه في النجمين فإذا أداه عتق.

---

(١) "الفاسدة" ليست في: ز.
(٢) في: أ ، ب "شرطاً".
(٣) في: أ "وفي".
(٤) "عند انقضاء الأول والباقي" ليست في: ظ.
(٥) في: أ "وإذا".
(٦) "فيصح" ليست في: أ.
(٧) في: ز "ويوزع".

وإن قلنا: أنها فاسدة، فعليه أداء جميع المال[١] لتحصل الصفة فيعتق ثم يتراجعان، ثم قال الصيدلاني: ويحتمل أن يخرج قول آخر: وهو أنه إذا أدى ما يخص قيمته يعتق، ثم يتراجعان وأدى الإمام الطريقين على نسق آخر[٢] مع زيادة فقال: يفسد البيع لسبق إيجاب البيع على تمام[٣] الكتابة.

وخرج بعضهم فيها وجهاً: أنه يصح كما إذا قال: اشتريت عبدك هذا بألفٍ، ورهنت داري بالألف، فقال المخاطب: بعت، وارتهنت، فإن النص صحة الرهن مع تقدم إيجابه على لزوم الدين، إلا أن الرهن من مصالح البيع، فاحتمل مزجه به، وما نحن فيه بخلافه، فإن أفسدنا البيع ففي صحة الكتابة قولا تفريق الصفقة.

وإن[٤] صححناه فيتجه تخريجهما على القولين في الجمع بين عقدين[٥] مختلفي الحكم، ولا يجيء هذا في الرهن، والبيع، لأن الرهن تابع للبيع، ولذلك يجوز شرطه في البيع ولا يجوز شرط البيع في الكتابة.

المسألة[٦] الثالثة: إذا كاتب ثلاثة أعبد في صفقة واحدة فقال كاتبتكم على ألف إلى نجمين معينين، فإذا أديتم فأنتم أحرارٌ فالنص صحة الكتابة.

ولو اشترى ثلاثة أعبد، كل[٧] واحد منهم لواحد من ملاكهم فالحكاية عن النص أن البيع باطل.

ولو خالع[٨] نسوة على عوض واحد أو نكح نسوة على صداق واحد، ففي صحة المسمى قولان نص عليهما. وقد سبق ذكر في الصور وما فيها من طرق

---

(١) في: ب "أداء الجميع".
(٢) في: ظ "على نسق واحد".
(٣) في: ظ "قيام".
(٤) في: أ "وإن".
(٥) في: ب "عبدين".
(٦) "المسألة" ليست في: أ ، ب، ظ.
(٧) "كل" ليست في: ظ.
(٨) في: ز "ولو خالعوه نسوة بعوض".

الأصحاب رحمهم الله في كتاب "الصداق"[(١)] وهي مكررة ههنا.

التفريع: إن حكمنا بفساد هذه الكتابة فلو أدوا المال جميعاً عتقوا بحكم التعليق، وإن أدى بعضهم حصته فهل يعتق؟ فيه وجهان أو قولان: المنسوب إلى نصه في "الإملاء" أنه يعتق، ووجه: بأن العتق في الكتابة الفاسدة محمول على المعاوضة ولذلك نقول: بأن السيد والعبد يتراجعان على ما سيأتي وقضية المعاوضة أن يعتق كل واحد منهم بأداء ما عليه.

وأقيسهما:[(٢)] وهو الذي صححه القاضي ابن كج والقفال وغيرهما رحمهم الله: أنه لا يعتق، لأن الصفة لم تكمل فأشبه ما إذا قال: إذا دخلتم الدار فأنتم أحرار فدخل بعضهم لايعتق ثم من عتق رجع[(٣)] على السيد بما أدى ويرجع[(٤)] السيد عليه بقيمته والاعتبار بقيمة يوم العتق، لأن سلطنة السيد باقية إلى وقت العتق[(٥)] لتمكنه[(٦)] من فسخ الكتابة الفاسدة[(٧)].

وإن قلنا: إنها صحيحة، وهو الأظهر، وبه قال أبوحنيفة ومالك[(٨)] فيوزع المال المسمى على العبيد وكيف يوزع؟ فيه قولان:

أصحهما: وقطع به[(٩)] قاطعون: أنه يوزع على قيمتهم، فإذا كانت قيمة أحدهم مائة وقيمة الثاني مائتان وقيمة الثالث ثلاثمائة فعلى الأول سدس المسمى وعلى الثاني ثلثه وعلى الثالث نصفه، والاعتبار بقيمة يوم الكتابة، لأن سلطنة السيد تزول يومئذ.

---

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٧، والعزيز ٨/٢٦٠.
(٢) في: ز "وأصحهما".
(٣) في: أ، ب "يرجع".
(٤) في: ز "ورجع".
(٥) في:ز "إلى وقت التعليق".
(٦) في: ظ "فيمكنه".
(٧) "الفاسدة" ليست في:ز .
(٨) انظر: الهداية ٣/٢٥٤، ومختصر خليل ٢٩٦.
(٩) في:ز ، ظ "وبه قطع".

والثاني: نقله الصيدلاني والقاضي الحسين، وغيرهما: أنه يوزع على عدد رؤوسهم، وأجري هذا القول في عوض الخلع والصداق وقد ذكرناه هناك.

وذكر الإمام رحمه الله: أنه لو طرده طارد على ضعفه في البيع لم يبعد، وإن قضية الحكم بصحة العقود كلها لارتفاع الجهالة والتردد.

واختلاف الطرق إنما يجئ إذا حكمنا بالتوزيع على القيم، لأن ما على كل واحد منهم مجهول عند العقد، ثم كل واحد من العبيد يؤدي ماعليه. إما على التفاضل أو على التساوي في النجمين، وإذا أدى ما عليه عتق، و لم يتوقف عتقه على أداء غيره، وإن مات بعضهم، أو عجز، فهو رقيق، وغيره يعتق بأداء ما عليه، ولا ينظر إلى أن السيد علق عتقهم بأداء جميعهم حيث[1] قال: فإذا أديتم فأنتم أحرار، لأن الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة، ولذلك إذا أبرأ السيد المكاتب عتق، وإذا مات لم تبطل الكتابة بخلاف التعليقات.

وعن أبي حنيفة ومالك[2] رحمهما الله: أنه لا يعتق بعضهم بأداء ماعليه وإنما يعتقون معاً إذا أدوا جميع المال.

---

(١) "حيث" ليست في: أ.

(٢) انظر: الهداية ٣/٢٥٤، ومختصر خليل ص ٢٩٦.

[الفصل الثالث: السيد الذي تصح كتابته]

(قال [الغزالي]: الركن الثالث: السيد، وشرطه أن يكون مكلفاً أهلاً للتبرع فلا تصح كتابة القيم لعبد الطفل، ولا كتابة المريض إذا لم يف به الثلث، ولو كاتب[١] في الصحة ووضع النجوم في المرض أعتبرنا خروج الأقل من الثلث، فإن كانت قيمة الرقبة أقل[٢] فليس لهم إلا ذلك ولو[٣] عجز نفسه، فإن[٤] كانت[٥] النجوم أقل، فليس لهم إلا ذلك، وكذا لو أوصى بإعتاقه أو وضع النجوم عنه، ولو أقر في المرض بقبض نجوم كتابته في الصحة قبل).

[قال الرافعي]: يعتبر في السيد لتصح كتابته شيئان

أحدهما: التكليف، فلا تصح كتابة الصبي والمجنون بإذن الولي ودون إذنه، وكذا إعتاقهما على مال[٦].

وقال أبوحنيفة[٧] رحمه الله: يجوز كتابة المميز[٨] بإذن الولي.

والثاني: أن الكتابة تبرع واحتجوا له بوجهين.

أحدهما: أن المكاتب وكسبه للسيد فمقابلة أحدهما بالآخر يزول عن أحدهما بلا عوض، واعترض عليه بأنه قد يكاتبه على أضعاف قيمته فيبدي الجد في الاكتساب لتوقع الحرية، ويعان من الصدقات، ولولا الكتابة لكان الأمر بخلافه.

وأجيب عنه: بأنه قد يتلف أو يتلف ما يكتسبه وما يأخذه من الصدقات. ويعود إلى الرق فلا يحصل للسيد إلا الرقبة، وتفوت أكساب مدة الكتابة عليه.

---

(١) في: ظ "كان".

(٢) "أقل" ليست في: ز.

(٣) في: أ "ولو".

(٤) في: أ "وإن".

(٥) في: أ، ب، ظ "كان".

(٦) انظر: الوسيط ٥١١/٧، والتهذيب ٤١٩/٨.والروضة ٢١٧/١٢.

(٧) انظر: الهداية ٢٥٣.

(٨) في: ز "الصبي والمميز".

والثاني: أن المكاتب إذا عتق كان ولاؤه للسيد كالمعتق مجاناً ولو كان ما يأخذه عوضاً محققاً لما كان الولاء له كما لو أعتقه على عوض بدله غيره، ويتعلق بكون الكتابة تبرعاً أنه لايجوز لولي الصبي والمجنون أبا كان أو غيره أن يكاتب عبدهما، لأنه ليس له التبرع في مالهما، وكذلك لايعتق عبدهما على مال خلافاً لأبي حنيفة[١] ومالك[٢] في الكتابة[٣].

ولأحمد رحمه الله[٤] فيها وفي العتق على مال.

ولو أدى العبد إلى الولي ما كاتبه عليه لم يعتق لبطلان التعليق.

وكذا لا تصح كتابة السفيه المحجور عليه، ولا يحصل العتق بتسليم المال إليه في حال الحجر، ولا بعد ارتفاعه.

وعن الفوراني رحمه الله حكاية خلاف فيما إذا سلم المال إليه في حال الحجر ثم رفع الحجر أنه هل يعتق بالتسليم السابق؟

وإذا كاتب في مرض الموت اعتبرت قيمة العبد من الثلث سواء كاتبه بمثل قيمته أو بما فوقها أو بما دونها وقد سبق ذكر هذا في موضع "الوصايا" مع خلاف أبي حنيفة رحمه الله فيه، فإن كان يملك عند الموت مثلي قيمته صحت الكتابة لخروجه من الثلث، وإن لم يملك شيئاً سواه، وأدى النجوم في حياة[٥] السيد، فإن كاتبه على مثلي قيمته عتق كله، لأنه يبقى للورثة مثلاه، وإن كاتبه على مثل قيمته عتق منه ثلثاه، لأنه إذا أخذ مائة وقيمته مائة فالجملة مائتان فينفذ التبرع في ثلث المائتين، وهو ثلثا المائة ويخالف ما إذا باع نسيئة[٦] في مرض الموت بثمن المثل، وأخذ الثمن حيث يصح البيع في الجميع، لأنه لو لم

---

(١) انظر: الهداية ٣/٢٥٣.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٧.

(٣) "في الكتابة" ليست في: أ، ب، ظ.

(٤) انظر: المغني ١٤/٤٥٤.

(٥) في: ز "حق".

(٦) [illegible]: والنسيئة: لغة: التأخير. ذكره في المصباح ٢/٦٠٤ وشرعاً: "وهو أن يشتري الرجل شيئاً بثمن مؤجل فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضي به فيقول: بعه مني إلى أجل بزيادة شيء، فيبيعه منه غير مقبوض" النظم المستعذب ١/٢٤٣.

يبع لم يحصل[١] له الثمن، وههنا لو لم يكاتب[٢] لحصلت[٣] له أكسابه، ولو كاتبه على مثل قيمته وقبض نصف النجوم صحت الكتابة في نصفه، وإن لم يؤد النجوم حتى مات السيد، نظر إن لم يجز الورثة على ما زاد على الثلث، فثلثه مكاتب، فإذا أدى حصته من النجوم عتق.

وهل يزاد في الكتابة بقدر نصف ما أدى، وهو سدس العبد[٤] إذا كانت النجوم مثل القيمة؟ فيه وجهان عن ابن سريج رحمه الله.

أظهرهما: وينسب إلى النص: لا. لأن الكتابة قد بطلت في الثلثين فلا يعود.

والثاني: نعم. كما لو ظهر للميت دفين أو نصب شبكة في الحياة، فيعقل بها صيدٌ بعد الموت، فإنه يزاد في الكتابة.

والوجهان كالوجهين المذكورين في كتاب "الوصايا" فيما إذا باع نسيئة ورد الورثة مازاد على الثلث، وأجاز المشتري، هل يزيد على ما يصح البيع فيه بأداء ثلث الثمن؟.

فإن قلنا: يزاد في الكتابة، وكان[٥] الأداء بعد حلول النجم، فهل عليه حصة السدس من النجم في الحال أو يضرب له مثل المدة التي ضربها الميت أولاً؟ فيه وجهان:

هكذا عبر[٦] الصيدلاني وغيره رحمهم الله عن الوجه الثاني.

وقال في "التهذيب" هل يمهل سدس الأجل المضروب؟ والوجهان مبنيان[٧] على أن السيد إذا حبس المكاتب مدة هل يلزمه أن يمهله من وقت حلول الأجل مثل تلك المدة؟ وسيأتي إن شاء الله تعالى الكلام فيه.

---

(١) في: ظ "يتحصل".
(٢) في: أ "يكاتبه".
(٣) في: ب "فحصلت".
(٤) في: أ "العبيد".
(٥) في: ز "فكان".
(٦) "عبر" ليست في: أ، ب، وفي: ظ "عن".
(٧) "هكذا عبر ... والوجهان مبنيان" ليست في: ب.

وإذا زيدت الكتابة بقدر نصف الثلث، فإذا أدى نجومه، فيزاد نصف السدس، وهكذا يزاد نصف مايؤدي مرة يعد[١] أخرى إلى أن ينتهي إلى ما لا يقبل التنصيف.

وإن[٢] قلنا: لا يزاد في الكتابة فالباقي[٣] قن، ولا يخرج على الخلاف فيما إذا كاتب أحد الشريكين نصيبه من العبد، فإن ذاك ابتداء كتابة، وههنا وردت[٤] الكتابة على الجميع ثم دعت الحاجة إلى الإبطال في البعض.

وحكى القاضي ابن كج عن بعض الأصحاب رحمهم الله: أنه يخرج صحة الكتابة في الثلث على الخلاف في كتابة أحد الشريكين نصيبه.

وإذا[٥] أجاز الورثة الكتابة في جميعه صحت الكتابة في جميعه، وإذا عتق بأداء النجوم فولاء الجميع للمورث إن جعلنا إجازتهم تنفيذاً، وإن جعلناها ابتداء عطية فولاء الثلث للمورث، وولاء الثلثين لهم على قدر مواريثهم، وإن أجازوا في بعض الثلثين، فإن جعلنا إجازتهم تنفيذاً صحت الإجارة فيما أجازوا، وحكم الباقي على ما بينا.

وإن جعلناه ابتداء عطية فهو على الخلاف في تبعيض الكتابة، ويتبين بما ذكرنا[٦] أن قوله في الكتاب: "ولا كتابة المريض إذا لم يف به الثلث" ليس المراد منه أنها لاتصح أصلاً، ولكن المراد، أنها لاتصح في جميع العبد.

ولو كان له عبدان متساويا القيمة لا مال له سواهما فكاتب في مرض موته أحدهما، وباع الآخر نسيئة، نظر: إن حصلت النجوم والثمن في حياته فالكتابة والبيع صحيحان وإن لم يحصل[٧] حتى مات السيد، ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث صحت الكتابة في ثلث هذا، والبيع في ثلث هذا، فإذا حصلت نجوم الثلث أو ثمن الثلث، فهل

---

(١) "يعد" ليست في أ. وفي: ز "مرة بعد مرة أخرى".

(٢) في: أ "فإن".

(٣) في: أ "والباقي".

(٤) في: ب "وزادت".

(٥) في: ز "وإن جازت".

(٦) في: ب، ظ "بما ذكرناه".

(٧) في: ز "يحصلا".

يزاد في الكتابة والبيع؟ فيه وجهان[١].

إن[٢] قلنا: نعم فيزاد فيهما جميعاً ونصحح الكتابة في نصف السدس والبيع كذلك، وإن حصلت نجوم الثلث، وثمن الثلث معاً صحح كل واحد منهما في السدس.

ثم في الفصل مسألتان: إحداهما

لو كاتب في الصحة ثم أبرأه عن النجوم في المرض أو قال: وضعت عنه النجوم أو أعتقته، فإن خرج من الثلث عتق كله وسقطت عنه النجوم، وإلا فإن لم يكن له مال سواه، فإن اختار العجز عتق ثلثه، ورق ثلثاه وأن اختار بقاء الكتابة، فإن كانت النجوم مثل القيمة فأظهر الوجهين: أنه يعتق ثلثه وتبقى الكتابة في الثلثين.

والثاني: وبه قال أبو أعلى بن أبي هريرة والطبري رحمهما الله: أنه لايعتق ثلثه ما لم يُسلم الثلثان للورثة، إما بأداء نجوم الثلثين أو بالعجز، وإن كان بين النجم والقيمة تفاوت فيعتبر خروج الأقل منهما من الثلث.

وقد ذكرنا جميع ذلك ووجوهه وطرق الحساب في "الوصايا"[٣].

واعلم أنه ينظر في الخروج من الثلث إذا أعتقه في المرض أو أبرأه عن النجوم في قيمة العبد، وفي النجوم، فإن خرج كل واحد منهما من الثلث نفذ عتقه، ولا إشكال، وإن تفاوتا وخرج أقلهما من الثلث دون الآخر اعتبر الأقل، فإن كان له سوى المكاتب مائتان، وكانت القيمة مائة وخمسين والنجوم مائة فتخرج النجوم من الثلث فنعتبرها، ونحكم بنفوذ العتق.

[ولو كانت القيمة مائة والنجوم مائة وخمسين فتخرج القيمة من الثلث فنعتبرها، ونحكم بنفوذ العتق[٤]].

وإنما كان كذلك، لأن ملك السيد إنما يستقر على الأقل منهما، فإن كانت

---

(١) في: ظ "جهان".

(٢) في: ز "فإن".

(٣) انظر: الوجيز ٢٧٣/١، والعزيز ٥٨/٧.

(٤) من قوله "ولو كانت القيمة... ونحكم بنفود العتق" ليست في ب.

النجوم أقل فالكتابة لازمة من جهته وقد ضعف ملكه في المكاتب، وليس له إلا المطالبة بالنجوم التي صارت عوضاً.

وإن كانت القيمة أقل فهي التي تخرج عن ملكه وللعبد إسقاط النجوم، بأن يعجز نفسه.

وإن لم يخرج واحد منهما من الثلث فإن[1] كان يملك سوى المكاتب خمسين فيضم أقلهما إلى الخمسين وينفذ العتق في ثلثهما من العبد، فإذا كانت القيمة مائة وخمسين، والنجوم مائة ضممنا النجوم إلى الخمسين، ونفذنا[2] العتق في ثلثهما، وهو نصف العبد، وتبقى الكتابة في نصفه الآخر بنصف النجوم، فإن[3] أداه إلى الورثة عتق، وإن عجز فلهم رده إلى الرق، وإن كان يملك سوى المكاتب مائة والقيمة والنجوم كما صورنا، فيعتق ثلثاه، وتبقى الكتابة في ثلثه بثلث مال الكتابة، وإن كانت القيمة مائة، والنجوم مائة وخمسين، فكذلك يعتق ثلثاه وتبقى الكتابة في ثلثه بثلث مال الكتابة وهو خمسون.

قال ابن الصباغ رحمه الله: وعندي أنه إذا أدى الخمسين فقد زاد مال السيد لأنه ثبت هذا المال بعقد السيد، وورث منه، فينبغي أن يزيد مايعتقه منه.

ولو أوصى السيد بإعتاق مكاتبه، أو بإبرائه، أو وضع النجوم عنه، فينظر: أيخرج من الثلث أو لا يخرج؟ ويكون الحكم كما لو أعتقه السيد أو أبرأه بنفسه، إلا أن ههنا نحتاج إلى إنشاء إعتاق، أو إبراء بعد موت السيد.

الثانية: إذا كاتب في صحته وقبض النجوم في مرض الموت أو قبضها وارثه بعد الموت صح القبض، وكانت الكتابة من رأس المال كما لو باع بمحاباة في الصحة وقبض الثمن في المرض.

ولو أقر في المرض بأنه قبض النجوم في الصحة أو في المرض قبل إقراره، وكان

---

(١) في: ز "فإن". وفي: ظ "بل".
(٢) في أ "ونفذ".
(٣) في أ "فإذا".

الإعتبار من رأس المال، لأنه أقر بما يقدر على إنشائه، ولأن الإقرار لغير الوارث لا فرق فيه بين الصحة والمرض.

وقوله في الكتاب "بقبض[١] نجوم مكاتبه في الصحة" لا ينبغي أن يعلق قوله "في الصحة" بالقبض، فلا[٢] فرق بين أن يكون القبض المقر به في الصحة أو في المرض، ولكن ليعلق بقوله "ومكاتبه"[٣]، فإن الكتابة ينبغي أن تقع في الصحة ليكون الاعتبار من رأس المال.

قال "الصيدلاني" رحمه الله: فأما إذا كانت الكتابة في المرض فأصل الكتابة من الثلث فلا يفيد الكلام في أن الإقرار كيف يقبل[٤] بل يقبل فيما صححنا فيه الكتابة والله أعلم.

(قال الغزالي: وأما المرتد فتبنى كتابته على أقوال الملك، والكافر تصح كتابته إلا أن يكون العبد قد أسلم وخوطب ببيعه فكاتب ففيه وجهان.

ولو كاتب ثم أسلم العبد، ففي الانقطاع وجهان مرتبان وأولى بأن تدوم الكتابة، والحربي تصح كتابته، ولكن لو قهره السيد عاد ملكه قبل[٥] العتق وبعده).

[فصل: في كتابة المرتد]

[قال الرافعي]: لا يشترط لصحة الكتابة إسلام السيد، بل تصح كتابة الكافر في الجملة كما يصح إعتاقه، ثم فيه مسائل:

إحداها: ذكرنا في "التدبير"[٦] أن تدبير المرتد عبده يبنى على أقوال المالك في المرتد.

ولو كاتب المرتد عبده ففيه طريقان:

---

(١) في: ب "فيقبض".
(٢) في: أ "ولا".
(٣) في: ز "من كاتبه".
(٤) في: أ "كيف بل يقبل". وفي ب، ظ "وكيف يقبل".
(٥) في: ز "بعد".
(٦) انظر: الوجيز ٢/٢٨٢، والعزيز ١٣/٤١٦ و ٤١٧.

أحدهما: وبه قال ابن القطان: وابن الوكيل[١] ورجحه أبوإسحق، ويحكى عن اختيار الشيخ أبي حامد رحمهم الله: أن الكتابة على الأقوال أيضاً.

فإن قلنا: بزوال ملك المرتد، فهي باطلة، وإن قلنا ببقائه فصحيحه.

وإن قلنا: بالتوقف فهي موقوفة أيضاً[٢]

والثاني: وبه قال القاضي أبوحامد رحمه الله: أنه ليس في الكتابة إلا القولان الأولان، ولا يجيء فيها التوقف، لأن الكتابة عقد معاوضة/ والعقود لا توقف على أصل الشافعي رضي الله عنه بخلاف التدبير، فإنه تعليق عتق، والتعاليق تقبل الإغرار. ٦٦٣/ز

ومن نصر الأول قال الشافعي رضي الله عنه لا يصحح[٣] العقد للمالك موقوفاً على إجازته ورضاه.

فأما انعاقد العقد موقوفاً على ما سيظهر وينكشف، فإنه يجوزه، ألا ترى أن تصرف المريض بالهبة والبيع بالمحاباة ينعقد موقوفاً على إجازة الورثة.

وأيضاً فإن تصرف المفلس ينعقد موقوفاً على أحد القولين، وقد يؤدي غرض القولين[٤] بعبارة أقصر من هذه فيقال: إن قلنا: بزوال ملك المرتد لم تصح الكتابة، وإن قلنا ببقائه، صحت.

وإن قلنا بالوقف فعلى الجديد، والقديم في أن العقود هل توقف؟ ثم ما موضع الخلاف على اختلاف الطريقين[٥]؟ فيه طرق.

---

(١) هو: عمر بن عبد الله بن موسى، أبو حفص المشهور بابن الوكيل من أصحاب الوجوه المتقدمين، فقيه جليل الرتبة، من كبار المحدثين والرواة وأعيان النقلة. من أصحاب أبي العباس بن سريج نقل عنه الرافعي في مواضع عدة.
توفي رحمه الله سنة عشر وثلاثمائة.
انظر ترجمته في: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢١٥، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٩٧ و ٩٨.

(٢) انظر: المختصر ص ٣٢٩، والحاوي ٢٢/٣٠٤ و ٣٠٥، والوسيط ٧/٥١٢، والتهذيب ٨/٤٦٥، والروضة ١٢/٢٢١.

(٣) في: ظ "تصح".

(٤) في: أ "الطريقين". وفي: ب، ظ "الطريقتين".

(٥) في: أ "الطريقتين".

أشبهها: وهو الذي أورده الروياني وغيره: أن موضع الخلاف ما إذا لم يحجر الحاكم عليه، وقلنا: لا يحصل الحجر بنفس الردة، فأما[1] إذا كان في حال الحجر فلا تصح الكتابة بحال.

والثاني: في كلام القاضي ابن كج رحمه الله: أنا إذا قلنا يصير محجوراً بنفس الردة ولم يحجر عليه الحاكم فتصح كتابته[2] بلا خلاف.

والثالث: ويحكى[3] ابن سلمة وابن القطان طرد الخلاف في الحالتين، ويخرج من هذه الاختلافات في كتابة المرتد وجوهٌ أو أقوال خمسة.

أحدها: أنها موقوفة.

والثاني: صحتها.

والثالث: صحتها قبل الحجر خاصة.

والرابع: بطلانها.

والخامس: بطلانها بعد الحجر خاصة. والأشبه بالترجيح على ما أورده صاحب "التهذيب" ههنا. وفي باب الردة الوجه الرابع.

وعن القاضي أبي حامد أن الأظهر الثاني، وهو اختيار المزني[4] رحمهما الله.

التفريع: إذا لم نحكم بحصول الحجر بالردة، ولم يحجر الحاكم عليه، وصححنا الكتابة، فلو دفع المكاتب النجم إليه عتق وكان له ولاؤه وتكون النجوم ملكه، لأنا حكمنا ببقاء ملكه على هذا القول، وإن أفسدنا الكتابة لم يصح الأداء، لإنه ملك للمرتد، ولا يحصل العتق. وإن قلنا: هي موقوفة فالأداء أيضاً موقوف، فإن هلك على الردة بان بطلانها، وكان العبد قناً.

---

(١) من قوله: "لم يحجر الحاكم ... بنفس الرده فأما" ليست في ب.

(٢) في: ز "كتابة".

(٣) في: أ "عن أبي الطيب، وابن سلمة".

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٩، والروضة ١٢/٢٢١.

وإن صار السيد محجوراً عليه بنفس الردة، أو بحجر الحاكم، فـإن أفسـدنا الكتابـة فعلى ماذكرنا فيما إذا لم يكن محجوراً عليه، وإن صححناها[١] أو قلنا بالتوقف، فلا يجوز دفع النجوم إليه، لأن المحجور عليه لا يصح قبضه، بل ينبغي أن يدفعها إلى الحـاكم، فـإن دفعها إلى السيد لم[٢] يعتق ويستردها ويدفعها إلى الحاكم، فإن تلفت[٣] وتعذر الاسترداد، فإن كان معه ما يفي بالنجوم، ودفعه إلى الحاكم فـذاك، وإلا فلـه تعجـيزه، ثـم إن هلـك السيد على الردة بعدما عجزه فهو رقيق، وإن أسلم فهـل نلغـي التعجـيز؟ فيـه قـولان، أو وجهان.

أحدهما: لا كما لو كان للمحجور عليه بالسفه ديـن علـى غـيره فـأخذه وتلـف عنده، ثم زال الحجر، لا يحسب المأخوذ عليه ولا ينقلب قبضه صحيحاً بزوال الحجر.

وأصحهما: وهو المنصوص في "المختصر"[٤] نعم، لأن المنع من التسليم إليه[٥] إنما كان لحق المسلمين، فإذا أسلم فقد سقط حق المسلمين، وصار الحق لـه فيعتـد[٦] بقبضـه، وعلى هذا فيعتق لو كان قد دفع إليه جميع النجوم.

وحكـى القـاضي ابـن كـج وجهـاً أنـه لا يعتـق ولا ينقلـب القبـض الممنـوع منـه صحيحاً، ولكن يبقى مكاتباً فيستأنف الأداء ويمهل مدة[٧] الردة .

والمشهور الأول[٨].

ولو كاتب المسلم عبداً ثم ارتد لم تبطل كتابته، كما لا يبطل بيعه ورهنـه بـالردة ولكن لايجوز دفع النجوم إليه، إن قلنا: إن ملكه زائل إذا صار محجوراً عليـه، فـإن دفعهـا إليه فعلى ماذكرنا، وتجوز كتابة العبد المرتد كما يجوز بيعه وتدبيره، وإعتاقه، ثـم إن أدى

---

(١) في: ز "صححنا".

(٢) مكرر:"لم" ليست في ب

(٣) قوله" فإن دفعها ... إلى الحاكم" ليست في: ز .

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٩.

(٥) في: ز "إليهما".

(٦) في: ظ "معتد".

(٧) في: أ "هذه" وليست في: ب.

(٨) انظر: المختصر ص ٣٢٩، والحاوي ٣٠٦/٢٢، والوسيط ٥١٢/٧، والروضة ٢٢١/١٢.

النجوم في ردته من أكسابه، أو تبرع بالأداء عنه متبرع عتق، ثم يجري عليه حكم المرتدين.

وإن لم يؤدها، وعاد إلى الإسلام بقي مكاتباً كما كان، وإن امتنع قتل، وكان ما في يده لسيده وارتفعت الكتابة بقتله.

ولو ارتد المكاتب لم تبطل الكتابة، فإن هلك على الردة ارتفعت الكتابة وكان ما في يده لسيده.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يؤدي النجوم منه وما بقي فهو لوارثه سواء اكتسبه في حال الردة أو الإسلام: حكاه في "التهذيب"[(١)].

فرعان: عن نصه في "الأم[(٢)]" رضي الله عنه: أنه قال لا أجيز كتابة السيد المرتد والعبد المرتد إلا على ما أجيز عليه كتابة المسلمين بخلاف الكافرين الأصليين يتركان على ما يستحلان مالم يتحاكما إلينا.

وأنه لو ألحق السيد بعدما ارتد بدار الحرب، ووقف الحاكم ماله تتأدى[(٣)] كتابة مكاتبه، فإن عجز رده إلى الرق، وإذا عجزه ثم جاء سيده فالتعجيز ماض، ويكون هو رقيقاً له، فإن أسلم السيد ففي الاعتداد بما دفعه إليه ما مرّ.

المسألة الثانية: تصح كتابة الذمي كتابياً كان أو مجوسياً، لأنه مالك، والكتابة عقد معاوضة، وفيها تعليق عتق نصفه وهما صحيحان منه، وكذا كتابة المستأمن[(٤)] صحيحة وهذا إذا جرت كتابتهم على شرائط شرعنا.

فأما إذا كاتب الذمي[(٥)] عبده على خمر أو خنزير ثم أسلما أو ترافعا إلينا فينظر

---

(١) انظر: التهذيب ٨/٤٦٦.

(٢) مكرر: انظر: الأم ٨/٣٩.

(٣) في: أ "بأخذ تتأدى". وفي: ب "تتأدى بأخذ".

(٤) مكرر: وهو: من دخل دار الإسلام بعقد أمان أو ذمة حلبه" انظر: العزيز ١١/٤٧٥ والمطلع على أبواب المقنع ص٣٢١.

(٥) في: ز "السيد"."والذمي" هو الذي يقر على كفره بشرط دفع الجزية والتزام أحكام الملة انظر: العزيز ١١/٥٣٥ والمطلع على أبواب المقنع ص٤٢١.

إن كان ذلك بعد قبض العوض المسمى والعتق[١] حاصل ولا رجوع للسيد[٢] على العبد ولا يفسخ العقد، ولا القبض الحاصل في الشرك، وإن أسلما أو ترافعا قبل القبض حكمنا بفسادها وإبطالها، وإن وجد القبض بعد ذلك لم يحصل العتق، لأنه لا أثر للكتابة الفاسدة بعد الفسخ والإبطال، وإن قبض بعد الإسلام ثم ترافعا حصل العتق لوجود الصفة، ويرجع السيد على المكاتب بقيمته، ولا يرجع المكاتب للخمر والخنزير بشيء، نعم لو كان المسمى مما له قيمة فله الرجوع أيضاً /وإن قبض بعض المسمى في الشرك ثم أسلما ٦٦٤/ز أو ترافعا إلينا فنحكم ببطلان الكتابة أيضاً. فإن اتفق قبض الباقي بعد الإسلام، وقبل إبطالها، حصل العتق ويرجع السيد بجميع قيمته عليه ولا توزع[٣] القيمة على المقبوض قبل الإسلام والمقبوض بعده، لأن العتق يتعلق بالنجم الأخير.

وأنه وجد في الإسلام ولا يثبت للنجوم حقيقة العوضية إلا إذا تمت، ألا ترى أنه إذا فرض عجز لم يكن المقبوض من قبل عوضاً بل كسب رقيق، وإذا كان كذلك لم تكن قابلة للتقسيط الجاري في الأعواض.

وقوله في الكتاب "والكافر[٤] تصح كتابته إلا أن يكون العبد[٥] قد أسلم وخوطب ببيعه فكاتب[٦] ففيه وجهان" ليس الاستثناء فيه بحسن الموقع[٧]، لأن كتابة الكافر قد تصح وقد تفسد ككتابة المسلم، وليس الفساد مخصوصاً بهذه الصورة المستثناة.

والذي يقصده القائل بقوله "إن الكافر لا تصح كتابته" أنها تصح منه في الجملة، وإن الكفر لايمنع صحتها، وهذا لا يحتاج إلى الاستثناء.

وأما الصورة المذكورة: فإذا أسلم عبد لذمي[٨] أو اشتراه، وقلنا بصحة الشراء،

---

(١) في: ز "فالعتق".
(٢) في: ز "للذمي".
(٣) في: أ "لا يوزع".
(٤) "الكافر" ليست في: ز.
(٥) في: ز "العبد رقيقاً".
(٦) في: ظ "فكاتب نفسه".
(٧) في: ظ "بحسن الموقع فيه".
(٨) في: أ "الذمي".

وأمرناه[١] بإزالة الملك عنه فكاتبه، ففي صحة كتابته قولان:

أحدهما: المنع، لأنه مأمور بإزالة الملك، والكتابة لا تزيل الملك فصار كما لو دبره، أو علق عتقه بصفة.

وأقواهما:[٢] وبه قال أبوحنيفة[٣] واختاره المزني[٤] رحمهم الله: أنها صحيحة، لأن المقصود قطع استيلائه عنه ودفع الذل، وإذا كاتبه خرج عن تصرفه، وفيه نظر للعبد لتوقع العتق، وإن عجز، أمر بإزالة الملك عنه، وعلى الأول يأمر بإزالته[٥] في الحال، فإذا[٦] أدى النجوم قبل أن يتفق إزالة الملك عتق بحكم الكتابة الفاسدة.

ويقال[٧] بإيراد آخر: وقد قدمناه في البيع هل يكتفى منه بالكتابة؟ فيه وجهان[٨].

إن قلنا: نعم فهي صحيحة، وإلا ففي صحتها خلاف.

ولو كاتب الذمي عبده فأسلم[٩] المكاتب، فهل ترتفع الكتابة؟ فيه وجهان مرتبان على الخلاف في أنه إذا أسلم عبده فكاتبه هل تصح[١٠] أو يكتفى منه بالكتابة؟ إن قلنا: نعم. فإذا طرأ الإسلام[١١] على الكتابة لم يؤثر فيها، وإن قلنا: لا. ففي ارتفاعها وجهان، والفرق قوة الدوام ووجه المنع أيضاً بأن الكتابة وقعت صحيحة، ولا يمكن أن يؤمر بإزالة الملك، فإن بيع المكاتب[١٢] لايجوز، فإن عجز فحينئذ يؤمر.

---

(١) في: أ "وأمرنا".

(٢) في: ز "وأقربهما".

(٣) انظر: الهداية ١٥٦/٣.

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٩.

(٥) في: أ "بإزالته عنه".

(٦) في: ز ، ب "فإن".

(٧) في: أ "ويقال".

(٨) "وجهان" ليست في: ظ.

(٩) في: ظ "ثم أسلم".

(١٠) في: ب، ظ "وهل يكتفى".

(١١) من "إن قلنا نعم ... فإذا طرأ الإسلام" ليست في: ز.

(١٢) في: ز "الملك عنه، فإن بيع المكاتب لايجوز بيعه".

واعلم أن هذه الصورة مكررة قد[١] ذكرها مرة في "التدبير" مضمومة إلى ما شابهها وهي[٢] ما إذا دبر الكافر عبده ثم أسلم مدبره فقال: "والمكاتب كالمستولدة"[٣].

وقيل كالمدبر.

وقوله في الكتاب[٤] "ههنا فيه وجهان مرتبان" يؤدي معنى الطريقين إلا أن الخلاف هناك عند من أثبته أخذ من الخلاف في صورة التدبير، وههنا من الخلاف في صحة الكتابة، إذا تقدم الإسلام عليها.

المسألة الثالثة[٥]: كما تصح كتابة الذمي تصح كتابة الحربي لأنه مالك. وعن مالك[٦] وأبي حنيفة رحمهما الله خلافة ثم لو قهره السيد بعد ما كاتبه ارتفعت الكتابة وصار قناً.

ولو قهر المكاتب[٧] سيده صار حراً وصار السيد عبداً[٨]، لأن الدار دار قهر.

ولذلك[٩] لو قهر حر حراً هناك ملكه[١٠] بخلاف ما لو دخل السيد والمكاتب دار الإسلام بأمان، ثم قهر أحدهما الآخر لايملكه، لأن الدار دار حق، وإنصاف، وإن خرج المكاتب الينا مسلماً هارباً من سيده بطلت الكتابة وصار حراً، لأنه قهره على نفسه فيزول ملكه عنه[١١].

وإن خرج إلينا غير مسلم نظر: إن خرج بإذنه وبامأننا[١٢] للتجارة وغيرها

---

(١) في: ب "فقد" وفي ز: "وقد".

(٢) في: أ، ب "وهو".

(٣) انظر: الوجيز ٢/٢٨٢،

(٤) "في الكتاب" ليست في: ز ، ظ.

(٥) في: ز "الثانية".

(٦) في: ز "وعن مالك وأحمد وأبي حنيفة" انظر: الهداية ٣/٢٥٦، ومختصر خليل ٢٩٧.

(٧) في: ز "السيد سيده".

(٨) في: ز "السيد سيده".

(٩) في: ظ "وكذا".

(١٠) "ملكه" ليست في: ظ.

(١١) في: أ، ب "عنها"

(١٢) في: ظ "بأمانة".

استمرت الكتابة، كما لو خرج السيد إلينا بأمان. وإن خرج هارباً منه بطلت[١] وصار حراً ثم لا يمكن من الإقامة إلا بالجزية[٢]، فإن لم يقبل أو لم يكن ممن تقبل منه الجزية ألحق بمأمنه.

وإن جاءنا السيد مسلماً لم نتعرض لمكاتبه هناك، وإن دخل بأمان مع المكاتب، و لم يقهر أحدهما الآخر، وأراد العود إلى دار الحرب، أو كاتبه بعدما دخلا وأراد العود، فلم يساعده المكاتب، لم يكن له أن يحمله قهراً، كما لا يسافر المسلم بمكاتبه، وقد مرَّ لهذا ذكر في التدبير، ولكن يوكل من يقبض النجوم عنه، فإن أراد أن يقيم طولب بالجزية، ثم إن عتق المكاتب طولب بالجزية أيضاً، أو رد إلى المأمن، وإن عجز نفسه عاد قناً للسيد.

قال ابن الصباغ رحمه الله: ويبقى الأمان فيه، وإن انتقض في نفس السيد بعوده، لأن المال ينفرد بالأمان، ولذلك لو بعث الحربي ماله إلى بلد الإسلام بأمان يثبت الأمان للمال دون صاحبه. وقد[٣] يجيء في هذا الخلاف الذي سبق في "السير" فيما إذا رجع المستأمن وخلف عندنا مالاً.

ولو مات السيد في دار الإسلام أو بعد العود إلى دار الحرب، ففي مال الكتابة قولان.

أظهرهما: وهو اختيار[٤] المزني أنه يبقى الأمان فيه فيبعث إلى ورثته، لأنه لا خلاف في أنهم ورثوه، ومن ورث مالاً ورثه بحقوقه، كالرهن والضمان.

والثاني: يبطل الأمان فيه ويكون قناً لأنه مال كافر لا أمان له، وإن سبي السيد بعدما رجع إلى دار الحرب، نظر: إن منَّ عليه أو فودي أخذ النجوم، وهو[٥] بما جرى في

---

(١) في: ز "وبطلت الكتابة".

(٢) "الجزية" مأخوذة من الجزاء. وشرعاً: اسم للمال المأخوذ من الكفار. انظر: العزيز ٤٩١/١١.

(٣) "وقد" ليست في: ظ.

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٩.

(٥) في: ز "وهما". وفي ب: "وهو مما".

أمان ما دام في دار الإسلام، فإن رجع انتقض الأمان فيه، وفي المال إن تركه عندنا ما سبق.

وإن استرق زال ملكه، وفي مال الكتابة طريقان.

أحدهما: أن فيه قولين كما في صورة الموت.

والثاني: القطع بأنه لا يبطل الأمان فيه، لأنه ينتظر عتقه وصيرورته أهلاً للملك بخلاف الميت، وإن شئت قلت: إن قلنا: يبقى الأمان فيه ولا يصير قناً في صورة الموت، فها هنا أولى ويوقف، فإن[1] عتق فهو له، وإن مات رقيقاً فهو فيء وفيه قول: إنه يصرف إلى ورثته. وإن قلنا: هناك يصير فيئاً[2] فههنا قولان.

اختيار أبي إسحق رحمه الله: أنه لا يكون فيئاً ويوقف لأنه يرجى عود المالكية وأما ولاء هذا المكاتب، فإن عتق قبل أن يسترق السيد فطريقان.

أحدهما: أن الولاء كالمال: فإن جعلناه فيئاً فالولاء لأهل الفيء، وأن توقفنا فكذلك نتوقف في الولاء.

وأظهرهما: أنه سقط ولاؤه لأن الولاء لا يورث ولا ينتقل من الشخص إلى الشخص، وإن استرق السيد قبل عتق المكاتب، فإن جعلنا ما في ذمته فيئاً فإذا عتق يدفعه إلى الحاكم، ففي الولاء الوجهان

كذلك ذكره صاحب "الشامل" وغيره رحمهم الله.

وإن قلنا: إنه موقوف فإن عتق السيد دفع المكاتب المال إليه، وكان له الولاء، وإن مات رقيقاً وصار المال فيئاً ففي الولاء الوجهان.

ولو قال المكاتب في مدة التوقف انصبوا من يقبض المال لأعتق أجيب إليه، فإذا عتق، فليكن في الولاء الخلاف. وقد قيل: يبنى ذلك على أن مكاتب المكاتب إذا عتق تفريعاً على أنه تصح كتابته يكون ولاؤه للسيد المكاتب، أو يوقف على عتق المكاتب وفيه قولان.

---

(١) في: أ ، ب "إن".

(٢) من "أولى ويوقف ... يصير قناً" ليست في: ظ.

إن قلنا: بالأول فالولاء ههنا لأهل الفيء.

وإن قلنا: بالثاني فيوقف. قال الروياني في "جمع الجوامع" والصحيح عند الأصحاب في المسألة أنه يوقف المال وكذا الولاء، فإن عتق فله المال والولاء وإن مات رقيقاً فالمال لأهل الفيء ويسقط الولاء.

وقوله في الكتاب "والكافر تصح كتابته" ليحمل على الذمي، وإن أمكن إجراؤه على إطلاقه على ما تبين، لأنه قال بعده "الحربي تصح كتابته".

ولو أجرى ذلك على إطلاقه كان الأحسن أن يقول والحربي، وإن صحت كتابته لكن لو قهره السيد إلى آخره.

فروع: كاتب مسلم عبداً كافراً في دار الإسلام أو في دار الحرب صحت الكتابة، فإن عتق لم يمكن من الإقامة في دار الإسلام إلا بالجزية[١]، فإن وقع في الأسر حين كان في دار الحرب لم تبطل الكتابة، لأنه في أمان السيد، وهذا[٢] كما أنه لا يسترق معتقه، وإن التحق بدار الحرب. وإن[٣] استولى الكفار على مكاتب مسلم لم تبطل الكتابة، وكذا لايبطل التدبير، والاستيلاد إذا استولوا على مدبره أو مستولدته. وإذا استنقذ المسلمون مكاتبة فهل تحسب[٤] مدة الأسر من أجل[٥] مال الكتابة فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين فيما إذا حبس السيد مكاتبه مدة.

وأظهرهما: القطع بالاحتساب بخلاف تلك الصورة، فإن المنافع فاتت عليه بتقصير وتعد من السيد، وههنا بخلافه ويبنى على هذا الخلاف، أنه هل للسيد الفسخ، والتعجيز، وهو في الأسر؟ فإن قلنا: باحتساب المدة عليه[٦]، فله ذلك، ثم يفسخ بنفسه،

---

(١) في: ز "بجزية".

(٢) في: أ "وهو".

(٣) في: ب "وإذا".

(٤) في: أ "يحتسب".

(٥) في ب "أصل".

(٦) "عليه" ليست في: ز.

كما لو كان المكاتب حاضراً، ويرفع الأمر إلى الحاكم ليتفحص، هل له مال يفيء بالكتابة؟ فيه وجهان.

أظهرهما: الأول، ثم إذا فسخت الكتابة، وأقام البينة بعد الخلاص على أنه كان له من المال ما يفيء بالكتابة بطل الفسخ وأدى المال وعتق.

(قال [الغزالي]: الركن الرابع العبد وله شرطان الأول أن يكون مكلفاً، فلا تصح كتابة الصغير، وإن كان مميزاً).

[الفصل الرابع: ما يشترط لصحة الكتابة]

[قال الرافعي]: يشترط لصحة الكتابة أن يكون العبد مكلفاً ليشتغل بالكسب ويوثق بصرف ما يكتسبه إلى السيد، فلا تصح كتابة الصبي مميزاً كان أو غير مميز ولا كتابة المجنون وعند أبي حنيفة وأحمد[1] رحمهما الله: تصح كتابة الصبي المميز، بناءاً على أنه يجوز تصرفه بإذن الولي وإيجاب السيد إذن له في القبول.

واحتج الأصحاب رحمهم الله: بأنه غير مكلف فلا تصح كتابته كالمجنون. وفي جمع الجوامع للروياني: أنه لو كاتب عبده الصغير الذي لا يميز والمجنون، وقبل السيد عنه يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله. واستؤنس لاعتبار[2] التكليف بقوله تعالى: ﴿**والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم**﴾[3] وإنما يتحقق الابتغاء من العاقل البالغ.

ولو كاتب العبد لنفسه، ولأولاده الصغار، لم تصح الكتابة للأولاد، وفي صحتها لنفسه قولا تفريق الصفقة.

وحكى الصيدلاني عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنها[4] تصح في حق الجميع، وذكر أن أبا حنيفة رحمه الله ساعد على أنه لو كان الأب حراً لم تصح كتابته لأولاده الصغار وأن مالكاً[5] رحمه الله قال: بصحتها.

---

(١) انظر: الهداية ١٥٣، والمغني ١٤/٤٤٤.

(٢) في: ظ "لاعتداد"

(٣) سورة النور، آية ٣٣.

(٤) في: أ "إنما".

(٥) انظر: مختصر خليل ٢٩٧.

إذا عرف أنه ليس للسيد أن يكاتب عبده الصغير، والمجنون، فلو أنه فعل وقـال في كتابته إذا أديت كذا فأنت حر، فوجدت الصفة حصل العتق.

قـال الإمـام قـدس الله روحـه وفي النفـس مـن هـذا شـيء، لأنـه أداء مـن حيـث الصورة، ولا يتصور منهما التمليك، وقد ذكرنا أن قول الرجل لأمرأتـه إن أعطيتـني ألفـاً فأنت طالق يقتضي إمكان التمليك.

ولك أن تؤيد ماذكره باحتمال قدمناه فيما إذا علق الطلاق بدخول الطفل فوجـد منه صورة الدخول، أنه لا يحنث.

والمذهب حصول العتق.

ثم حكى القاضي ابن كج رحمه الله في كيفية حصولـه اختلافـاً عـن الأصحـاب، منهم من قـال يحصـل العتـق حصولـه في الكتابـات[١] الفاسـدة، لأنـه لم يـرض بعتقـه إلا بالعوض، فعلى هذا يرجع السيد عليه بقيمته[٢].

وظاهر المذهب أنه يحصل بمجرد حصول الصفة المعلق عليها، وأنه ليس لمـا جـرى حكم الكتابات الفاسدة في التراجع وغيره، فلا يرجع السيد عليه بقيمته، ولا يجـب عليـه رد ما أخذه.

أما أنه لا يرجـع بالقيمـة فـلأن قبـول الصبي، والمجنـون والتزامهمـا المـال بـاطلان والعقد معهما ليس بعقـد فلذلـك[٣] لـو اشـترى الصبي أو المجنـون شـيئاً، وهلـك عنـده، لايضمنه ولو اشترى العاقل البالغ شيئاً شراء فاسداً فهلك عنده يضمنه.

وأما أنه لا يرد ما أخذ فلأنه كسب عبده. وهذا الخلاف الـذي حكـاه ابـن كـج رحمه الله نقلوه فيما إذا كاتب عبده المجنون، وأخذ المال المسمى.

روى المزني في "المختصر[٤]" أنه يعتق العبد ولا تراجع. ورواية الربيـع: أنـه يثبـت

---

(١) في: أ "الكتابة".

(٢) في ب "بالقيمة" قال النووي ".. الأصح أنها لاتصح" الروضة ١٢/٢٢٧.

(٣) في: ب، ز "ولذلك". وفي: ظ "وكذلك".

(٤) انظر: المختصر، ص٣٢٩.

التراجع، فعن ابن سريج وابن خيران: أن الحكم ما رواه الربيع على ماهو دأب الكتابة الفاسدة، وإن المزني أخطأ في النقل وربما حمل ما رواه على ما إذا كاتب عبده كتابة صحيحة، ثم جُنَّ العبد، فأخذ المال، وهو مجنون، يصح القبض ولا تراجع.

والأصح: وبه قال أبوإسحاق والأكثرون رحمهم الله أنه: لاتراجع، كما رواه المزني، لأن المجنون ليس من أهل العقد فيبطل معنى المعاوضة ويبقى مجرد التعليق.

ونقل الربيع وقع خطأ، وربما حمل على ما إذا كاتب عبده العاقل كتابة فاسدة، ثم جن فأدى.

وعن رواية القاضي أبي حامد أن في المسألة قولين.

وفي طريقة الصيدلاني: الامتناع من إجراء الخلاف في الصبي وفرق بأن الجنون عارض فهو كعارض[١] شرط فاسدٍ في الكتابة بخلاف الصبي.

وأجرى صاحب "التهذيب[٢]" رحمه الله في الصبي ما قيل في المجنون كما قدمناه عن ابن كج، ثم من أثبت التراجع، جعل ما فضل من الكسب للعبد ومن لم يثبته جعله للسيد، وهو الأصح.

"فروع: تدخل في الفصل" لايجوز كتابة العبد المرهون، لأن الرهن يحوج إلى البيع والكتابة تمنع منه، ولا كتابة العبد المستأجر، لأنه في تصرف الغير فلا يتفرغ للاكتساب لنفسه. وفي كتاب القاضي ابن كج: أنه يجوز كتابة المعلق عتقه بصفة، وكتابة المدبر، فإن سبق موت السيد، عتق بالتدبير، وإن سبق آداء النجوم عتق بالكتابة.

وأنه يجوز كتابة المستولدة، فإن مات السيد قبل أداء النجوم عتقت من رأس المال، وأن أبا الحسين[٣] خرَّج وجهاً: أنه لا يجوز كتابتها.

وهذا ما نقله الروياني في "التجربة" عن إشارة النص في "الأم" ووجهه بأن الكتابة اعتياض عن الرقبة ورجحه مرجحون.

---

(١) في: ز "كعروض".

(٢) انظر: التهذيب ٤١٩/٨.

(٣) لعله ينصرف إلى أبي الحسين بن القطان.

والأظهر: الأول وسيأتي إن شاء الله تعالى، التفريع عليه.

وأنه لو قبل الكتابة من السيد أجنبي على أن يؤدي عن العبد كذا[١] في نجمين، فإذا أداهما عتق العبد، ففي صحتها وجهان.

أحدهما: الصحة، كخلع الأجنبي.

والثاني: المنع لأنها تخالف موضوع الباب، فإن صححناها فهل يجوز أن تكون حالة؟ فيه وجهان، وإن لم تصححها، فإذا أدى عتق العبد بوجود الصفة، ويرجع المؤدى على السيد بما أدى، والسيد عليه بقيمة العبد.

(قال [الغزالي] الشرط الثاني أن يكاتب كله فلو كاتب نصف عبده فالمذهب أنه لايصح، ولو كاتب من نصفه حر، جاز لحصول الاستقلال، ولو كاتب أحد الشريكين بغير إذن شريكه فالمذهب أنه باطل.

ولو كان بالإذن فقولان.

والأظهر: أنه لا تصرف الصدقة إلى من نصفه رقيق، ولو كاتبا[٢] على مال واحد جاز وانفسخت النجوم، على قدر ملكهما، فإن شرطا تفاوتا في القسمة، فقد انفردت كل صفقة وهي[٣] بإذن الشريك فيخُرجُّ على القولين)

[الشرط الثاني في صحة الكتابة: أن يكاتب كل العبد]

[قال الرافعي]: ولك أن تقول: إيراد الكتابة على كل العبد ليس صفة في العبد حتى يقال للعبد شرطان، ولعل جعله شرطاً في نفس الكتابة أحسن من جعله شرطاً للعبد.

والفقه: أنه إذا كاتب بعض عبده[٤]، فإما أن يكون باقيه حراً فتصح الكتابة،

---

(١) في: ز "أن يؤدي المال كذا عن العبد".

(٢) في: ب "كاتبه".

(٣) في: أ "وهو".

(٤) في: ب، ز "بعض عبدٍ".

لأنها استغرقت الرقيق منه فتفيده[١] الاستقلال، فإن[٢] كاتب جميعه والصورة هذه بطلت في بعضه[٣] الحر وفي الرقيق قولا التفريق.

وكذا لو كان يعتقد الرق في جميعه، فبان بعضه حراً، فإن قلنا يفسد فلا يعتق حتى يؤدي جميع المسمى لتحقق الصفة، فإذا عتق استرد من السيد ما أدى وللسيد عليه قسط القدر الذي كاتبه من القيمة.

وإن قلنا: يصح، فيستحق جميع المسمى، أو قسط الرقيق من القيمة؟ فيه قولان كما في البيع إذا أجاز المشتري البيع في المملوك.

وإما أن يكون باقيه، أو بعض الباقي رقيقاً، والقدر الرقيق، إما أن يكون له أو لغيره.

"الحالة الأولى" إذا كان له فقد نص أن الكتابة لا تصح، لأن المكاتب[٤] يحتاج إلى التردد حضراً وسفراً لاكتساب النجوم، ولا يستقل بذلك، إذا كان بعضه رقيقاً فلا يحصل مقصود الكتابة، وأيضاً فلا يمكن صرف متهم المكاتبين[٥] إليه، لأنه يصير بعضه ملكاً لمالك الباقي، فإنه من أكسابه، بخلاف ما إذا كان باقيه حراً، فإنه يمكن وضع الصدقة فيه، وفي هذا شيء سنذكره إن شاء الله تعالى.

وعن ابن سريج رحمه الله تخريج قول آخر أخذاً مما إذا كاتب أحد الشريكين نصيبه بإذن الآخر، فإنه إذا كاتب بعض ما يملكه فقد كاتب البعض بإذن مالك الباقي.

ونحا أبوالحسين ابن القطان رحمه الله نحوه فأثبت في المسألة وجهين.

والجمهور: قطعوا بالمنصوص، وقالوا: أحد الشريكين لا يتمكن من كتابة نصيب الآخر والمالك الواحد يتمكن من كتابة جميع ما يملكه.

---

(١) في: ب "فتفيد".
(٢) في: أ "وإن".
(٣) في ب "نصفه".
(٤) في: أ "المكاتبة".
(٥) في: ب "الكتابيين".

وإن[1] صححنا كتابة البعض، فإن كان بين السيد وبينه مهايأة، فاكتسب النجوم في نوبته، وأدها، فيعتق القدر الذي كاتبه ويسري إلى الباقي. فإن لم يكن بينهما[2] مهايأة، فما يكتسبه يكون بينهما، فإن وفر قسط السيد، وما بقي بالنجوم من قسطه، عتق، وإن لم يؤفِّر إلا قدر النجوم، ففي العتق خلاف سنذكر نظيره.

وإن لم نصححها فهي كتابة فاسدة، فإن أدى المال قبل أن يفسخها السيد عتق، والسراية كما ذكرنا ثم يرجع المكاتب على السيد[3] بما أدى، ويرجع السيد عليه بقسط القدر المكاتب من القيمة ولا يرجع بقسط ما سرى العتق إليه، لأنه لم يعتق بحكم الكتابة[4].

الحالة الثانية: إذا كان الباقي لغيره فإذا كاتب أحد الشريكين نصيبه نظر: إما أن يكاتب بإذن الآخر أو دون إذنه، إن كاتب بإذنه ففيه قولان:

أصحهما: وهو المنصوص في "الأم"[5] واختاره المزني[6] وبه قال مالك[7] رحمهما الله: أنه لا تصح الكتابة، لأن الشريك الآخر يمنعه من التردد والمسافرة ولا يمكن أن يصرف إليه سهم المكاتبين والباقي قاله في "الإملاء" على مسائل محمد بن الحسن[8]: أنها تصح، لأنه يستقل في البعض المكاتب عليه، وإذا جاز إفراد البعض بالإعتاق، جاز إفراده بالعقد المفضي إلى العتق.

---

(١) في: ز "فإن".
(٢) "يكن" ليست في: أ.
(٣) "على السيد" ليست في: ز.
(٤) انظر: الأم ٤١/٨ والوسيط ٥١٣/٧ والتهذيب ٤٣٧/٨ والروضة ٢٢٧/١٢.
(٥) انظر: الأم ٤١/٨.
(٦) انظر: المختصر ص ٣٢٥.
(٧) مختصر خليل ص ٢٩٧.
(٨) هو: محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني - الحنفي أبوعبد الله صاحب أبي حنيفة إمام في الفقه والأصول، وغيرهما وهو الذي نشر مذهب أبي حنيفة.
ولد بواسط ونشأ بالكوفة، ثم انتقل إلى بغداد، ولي للرشيد القضاء ثم عزله، له كتب عديدة.
توفي سنة تسع وثمانين ومائة رحمه الله بالري.
انظر ترجمته في: تاريخ بغداد ١٧٢/٢، وشذرات الذهب ٣٢١/١.

وبهذا القول قال أبوحنيفة[١] رحمه الله: وقال إذا أعتق نصيبه بأداء النجوم يستسعى في الباقي.

وعن أبي سلمة القطع بالقول الأول.

فيجوز أن يعلم قوله في الكتاب "فقولان"[٢] بالواو[٣] لذلك.

وإن كاتب بغير إذن الآخر فظاهر المذهب فساد الكتابة لعدم الاستقلال، ولأن نصيب الشريك ينتقص فيتضرر به.

وربما خرج القولان في حالة إذن الشريك على هذين المعنيين: إن قلنا بالأول لم يصح، وإن قلنا بالثاني فقد أسقط حقه ورضي بالضرر الذي يلحقه.

وعن أبي علي الطبري رحمه الله: وجه آخر أنها تصح.

وإن كاتب بغير الإذن كما ينفرد أحد الشريكين بالإعتاق والتعليق والتدبير.

قال الإمام رحمه الله: ذهبت طائفة إلى تخريج القولين في هذه الصورة وهو منقدح، لأن إذن الشريك لا يفيده الاستقلال، فلا يبقى إلا تخيل تضرر[٤] الشريك، وهذا لا حاصل له مع نفوذ العتق من[٥] الشريك.

التفريع: إن أفسدنا كتابة أحد الشريكين فللسيد فسخها، وإبطالها كسائر الكتابات الفاسدة، فإن لم يفعل ودفع العبد بعض كسبه إلى الذي لم يكاتبه وبعضه إلى المكاتب بحسب الملك حتى أدى مال الكتابة عتق، ويقوم نصيب الشريك على المكاتب بشرط اليسار ويرجع العبد عليه بما دفع، ويرجع هو على العبد بقسط القدر الذي كاتب من القيمة[٦]، وإن دفع جميع ما اكتسبه إلى المكاتب حتى تم قدر النجوم، ففيه وجهان:

---

(١) انظر: الهداية ٢٦٦/٣ و ٢٦٧.

(٢) في: ب "قولان".

(٣) "بالواو" ليست في: أ ، ظ.

(٤) في: ظ "إلا يحيل لضرر".

(٥) مكرر في ب "مع".

(٦) في: أ "القسمة".

أحدهما: أنه يعتق، لأن العتق في الكتابة الفاسدة يتعلق[1] بحصول الصفة وقد حصلت.

وأصحهما: المنع، لأن المعاوضة تقتضي إعطاء مايملكه لينتفع بالمدفوع إليه.

وفي طريقة الصيدلاني: نقلهما قولين ونسبة الأول إلى ما أطلقه في كتاب ابن أبي ليلى.

والثاني: إلى رواية الربيع.

وأجرى الخلاف فيما إذا قال: إن أعطيتني عبداً فأنت حر، فأعطاه عبداً مستحقاً هل يحصل العتق؟ فإن قلنا: لا يعتق، فالذي لم يكاتب أن يأخذ نصيبه كما[2] أخذه المكاتب، فإنه ملكه، ثم إن أدى العبد تمام النجوم من حصته من الكسب[3]، عتق، وإلا فلا. وإن قلنا: يعتق فيأخذ نصيبه أيضاً، والتراجع بين المكاتب والعبد وسراية العتق على ماتقدم.

وإن صححنا كتابة أحد الشريكين فدفع العبد من كسبه حصته إلى المكاتب، أو جرت بينه وبين الذي لم يكاتب مهايأة، فدفع ما اكتسبه في نوبته إلى المكاتب حتى تمت النجوم، عتق، وقوم عليه نصيب الشريك إذا كان موسراً، وكذا لو أبرأه عن النجوم، أو أعتقه، وإن دفع إليه كل ما أكتسبه حتى تم قدر النجوم، ففي "جمع الجوامع" للقاضي الروياني: أن بعض الأصحاب رحمهم الله: جعل حصول العتق على وجهين، أو قولين كما ذكرنا تفريعاً على قول الفساد.

والظاهر: القطع بالمنع، وفرق: بأن الكتابة إذا[4] صحت، غلب فيها معنى المعاوضة، وفي المعاوضات تسليم غير المملوك كعدمه، وإذا فسدت الكتابة فيغلب حكم الصفة، فلذلك[5] جاء الخلاف.

---

(١) في: أ "تعلق".
(٢) في: أ ، ز "مما". وفي: ظ "فما".
(٣) في: ز "في العتق عتق".
(٤) "إذا" ليست في: أ.
(٥) في: ب، ز "ولذلك".

فروع: أوردها القاضي ابن كج رحمه الله: أحدها إذا أذن لشريكه في كتابة نصيبه فله أن يرجع عن الإذن، فإن لم يعلم الشريك برجوعه حتى كاتب، فعلى الخلاف في تصرف الوكيل بعد العزل، وقبل العلم به.

الثاني: كاتب نصيبه بإذن شريكه وجوزناه فأراد الشريك الآخر كتابة نصيبه هل يحتاج إلى اذن الأول؟ فيه وجهان.

الثالث: كاتب أحدهما نصيبهُ وقال للآخر:[١] كاتبته[٢] بإذنك، وأنكر، فإن قال مع ذلك: وقد أدى المال عتق بإقراره، وقوم عليه نصيب الشريك، إن كان موسراً، وإن لم يقر بالأداء فالقول قول المنكر مع يمينه، فإن حلف بطلت الكتابة، وإن نكل حلف الذي كاتب، فإن نكل ردت اليمين على المكاتب.

هكذا ذكر ابن القطان رحمه الله وقال: عندي ينبغي أن يكون هذا التداعي بين الشريك والمكاتب، فإذا ادعى المكاتب الإذن، وأنكر الشريك، صدقه، وإن نكل حلف المكاتب، وثبتت الكتابة. هذا إذا انفرد أحد الشريكين بالكتابة.

أما إذا كاتبا العبد المشترك معاً أو وكلا رجلاً فكاتب جميعه[٣]، أو وكل أحدهما الآخر فكاتبه صحت الكتابة، إن اتفقت النجوم جنساً وأجلاً وعدداً وجعلا حصة كل واحد[٤] من النجوم[٥] بحسب اشتراكهم في العبد، أو أطلقا فإنها كذلك تنقسم، وإن اختلفت النجوم في الجنس، أو في قدر الأجل أو العدد أو شرطا تفاوتاً في النجوم مع التساوي في الملك، أوبالعكس ففيه طريقان:

أظهرهما: وهو الذي أورده في الكتاب، وبه قال القفال: إن صحة كتابتهما على القولين فيما إذا انفرد أحدهما بكتابة نصيبه بإذن الآخر.

---

(١) في: أ "الآخر".
(٢) في: أ "كاتبت".
(٣) في: ز "شريكه".
(٤) في: ز "واحدا". وهو خطأ.
(٥) "جنساً وأجلاً وعدداً وجعلا حصة كل واحد من النجوم" ليست في: ب.

والثاني: القطع بالمنع، وبه قال القاضي أبوالطيب، لأنا لو جوزنا ذلك لزم أن ينتفع أحدهما بمال الآخر، لأنه إذا استوى المكان ودفع إلى أحدهما مائة وإلي الآخر مائتين فقد ترتفع الكتابة بالعجز فيحتاج الأول إلى أن يرجع على الثاني بخمسين، ويكون الثاني قد انتفع بها مدة بقائها في يده من غير استحقاق.

ولا يشترط استواء الشريكين في ملك العبد الذي يكاتبانه.

وفي "الكافي" للروياني فيه وجه ضعيف./ وليعلم قوله[١] في الكتاب "فيما إذا كاتب أحد الشريكين بغير إذن الآخر فالمذهب أنه باطل" بالألف لأن أحمد رحمه الله يصحح[٢] هذه الكتابة. ٦٦٨/ز

وفي "شرح" الموفق بن طاهر[٣] عن أبي حنيفة مثله.

وكذلك حكى عنه فيما إذا كاتب بعض عبده والله أعلم.

مسألة صرف الصدقة إلى من بعضه رقيق

بقي الكلام في مسألة: وهي أن المشهور أنه لايجوز صرف الصدقة إلى من بعضه[٤] رقيق لما ذكرنا أن ما يأخذه ينقسم على القدر الرقيق وغيره.

قال الإمام رحمه الله: ورأيت لبعض الأصحاب مايدل على تجوزيره، وقد يمنع هذا القائل الانقسام، ويقول: تختص الصدقة بالقدر المكاتب، لأنه لايجوز أن تكون الصدقة كسب رقيق.

وفي "الكافي" للقاضي الروياني عن بعضهم: إطلاق قولين وفي المسألة تفصيل حسن[٥] وإلى ترجيحه يميل إيراده، وهو أنه إن لم يكن بينهما مهايأة، فلا يجوز أن يأخذ من سهم الصدقات، وإن كان[٦] بينهما مهايأة، فله أخذه في يوم نفسه خاصة.

---

(١) في: ز "في الكتاب قوله".
(٢) في: أ "يصح".
(٣) الموفق بن طاهر سبقت ترجمته ص٥٨٥.
(٤) في: ز "نصفه".
(٥) "و .. تفصيل حسن" ليست في أ.
(٦) في: أ "كانت".

(قال [الغزالي]: فرع: لو كاتباه ثم عجز أحدهما وأراد الثاني إبقاء الكتابة في نصيبه بالإنظار[(١)]، فقولان وأولى بالجواز لقوة الدوام، ولو كاتب واحد عبداً ثم خلف ابنين وعجزه أحدهما، وأنظره الآخر فهذا أولى).

[فصل: إذا اجتمع الشريكان على كتابة العبد ثم عجز فعجزه أحدهما]

[قال الرافعي]: إذا اجتمع الشريكان على كتابة العبد ثم عجز فعجزه أحدهما، وفسخ الكتابة، وأراد الآخر إنظاره، وإبقاء الكتابة فأظهر الطريقين[(٢)]: أنه كابتداء الكتابة، فلا يجوز إبقاؤها من غير إذن الشريك، وفي إبقائها بإذنه قولان، وهل يكون التوافق على ابتداء الكتابة إذناً في إبقائها؟ يخرج مما أورده الإمام فيه وجهان. أحدهما: نعم، لأنهما إذا توافقا على الكتابة فقد رضيا بأحكامها ومن أحكامها جواز الإنظار، عند العجز.

وأشبههما: المنع.

وجعل الإرفاق ناقضاً لما جرى به الإذن، والتوافق[(٣)] عليه.

ومنهم من قطع بجواز الإبقاء بالإذن، وقال يحتمل التبعيض في الإنتهاء، وإن لم يحتمل في الابتداء، لأن الدوام أقوى من الابتداء[(٤)].

وقوله في الكتاب "فقولان وأولى بالجواز لقوة الدوام" ينبه على[(٥)] الطريقين.

ولو كاتب إنسان عبده، ومات عن ابنين، وعجز المكاتب فأرفة أحدهما، وأراد الثاني إنظاره فيجري فيه الطريقان، لأن الكتابة بعد الموت بين الوارثين ككتابة تصدر من الشريكين، ولذلك يعتق نصيب أحد الابنين بإبرائه عن حصته من النجوم، وهذه الصورة

---

(١) في: ظ : بالإيطاء.

(٢) في: أ "القولين".

(٣) في: ب "الموافق".

(٤) "وفيه طريقة ثالثة: وهي القطع بالمنع، لأن ذلك يؤدي إلى أن يبقى نصف العبد مكاتباً بغير رضى الشريك، والنص إبطال ذلك ابتداء، فكذا في الدوام، حكاها الإمام والغزالي في البسيط، ووقع في الوسيط فيه خلل. قاله في الخادم" ورد بهامش العزيز ٤٧٦/١٣.

(٥) "على" ليست في: أ ، ز.

أولى بأن لا تتبعض فيها الكتابة، لأنها صدرت من واحد في الابتداء، وهناك صدرت من شخصين والصفقة تتعدد بتعدد العاقد.

(قال [الغزالي]: هذا بيان مايصح من الكتابة ومالا يصح فينقسم إلى باطل، وفاسد فالباطل(١) هو الذي أختل أحد أركانه بأن صدر(٢) الإيجاب والقبول(٣) من غير مكلف، أو غير مالك أو مكره(٤) أو عدم قصد مالية العوض، كما لو كاتب على دم أو حشرات أو اختلت الصيغة، بأن فقد لفظ العقد).

[فصل: حال الكتابة التي تصح والتي لا تصح]

[قال الرافعي]: لما تكلم في الأركان بشروطها التي هي مناط الصحة(٥) أراد أن يبين حال الكتابة التي لا تصح، وتنقسم إلى باطلة وفاسدة.

أما الباطلة، فهي التي اختل بعض أركانها: بأن كان السيد صبياً أو مجنوناً أو مكرهاً على الكتابة أو كان العبد كذلك، أو كاتب ولي الصبي والمجنون عبدهما أو لم يجر ذكر عوض، أو ذكر ما لايقصد: ولا مالية له كالدم والحشرات، أو اختلت(٦) الصيغة، بأن فقد الإيجاب أو القبول، أو لم يوافق أحدهما الآخر.

وأما الفاسدة: فهي التي امتنعت صحتها بشرط فاسد أو لفوات شرط في العوض، بأن كان خمراً أو خنزيراً أو مجهولاً أو لم يؤجله أو لم ينجمه، أو كاتب بعض العبد.

وضبطها الإمام رحمه الله فقال: إذا صدرت الكتابة إيجاباً وقبولاً ممن تصح عبارته، وظهر اشتمالها على قصد المالية، لكنها لم تستجمع شرائط الصحة فهي الكتابة الفاسدة.

---

(١) في: أ "الباطل".
(٢) في: أ "صدرت".
(٣) "القبول" ليست في: ز.
(٤) في: ز "أو من مكره".
(٥) في: أ "للصحة".
(٦) في: ب "اختلفت".

إذا عرفت ذلك: فالكتابة الباطلة لاغية، إلا أنه إذا صرح بالتعليق وهو ممن يصح تعليقه فيثبت مقتضى التعليق.

وأما الفاسدة: فإنها تشارك الصحيحة في بعض الأحكام على ماسنذكر على الأثر، وإنما كان كذلك على خلاف البيع وسائر العقود، حيث لا يفرق فيها بين الباطل والفاسد، لأن العتق هو المقصود من الكتابة، ولتوقع العتق صححناها، وإلا فهي على خلاف القياس على مامر.

وتعليق العتق لايفسد، وإن فسدت[(١)] الكتابة فانتظار العتق الذي هو المقصود أحوج إلى أن يثبت في الفاسدة بعض أحكام الصحيحة، وهكذا وجه الإمام.

لكن قضية هذا أن تكون الكتابة الباطلة إذا صح التعليق فيها كالكتابة التي سميناها فاسدة.

وقوله في الكتاب "أو غير مالك أو بغير إذن المالك[(٢)] وقوله "أو مكره" يبين اشتراط الاختيار في السيد والعبد جميعاً، وإن لم يذكره في الركنين، وقد يهمل مثل هذا لوضوحه.

وقوله "أو عدم قصد مالية العوض كما لو كاتب على دم وحشرات" في قولهم[(٣)] "إن الدم لا يقصد" توقف أبديناه في "الخلع".

وعد الصيدلاني الكتابة على الميتة والدم من صورة الكتابة الفاسدة كالكتابة على الخمر والخنزير والله أعلم.

(قال [الغزالي]: ثم الفاسد يساوي الصحيح في ثلاثة أمور:

أحدها: أنه يحصل العتق بالأداء، ولكن بحكم التعليق، فلا يحصل بالإبراء والاعتياض.

---

(١) في: أ "صدرت".

(٢) "أو بغير إذن المالك" ليست في: أ.

(٣) في: ب "قوله".

الثاني: أنه يستقل بالكسب ويستتبع عند العتق ما فضل من كسبه، وكذا ولده من جاريته، أما ولد المكاتبة ففي سراية الكتابة الفاسدة إليه قولان، كما في سراية التعليق.

الثالث: أنه يستقل حتى يعامل السيد وتسقط عنه نفقته.

والصحيح أنه لا يسافر، وفي صرف[1] الزكاة إليه وجهان).

[فصل: في تعليق العتق بالصفة]

[قال الرافعي] قال الأصحاب تعليق العتق بالصفة على ثلاثة أقسام:

أحدها: التعليق الخالي عن المعاوضة كقوله: "إن دخلت الدار، أو إن[2] كلمت فلاناً فأنت حر" ومن هذا القبيل قوله "إن أديت إليّ كذا فأنت حر"، فإن المال ليس مذكوراً على سبيل الأعواض فهذا لازم من الجانبين فليس للعبد ولا للسيد ولا لهما رفعه بالقول، ويبطل بموت السيد، وإذا وجدت الصفة في حياته عتق، وكسب العبد قبل وجود الصفة للسيد.

ولو أبرأه في صورة التعليق بأداء المال عن المال، لم يعتق، ولا تراجع بين السيد وبينه.

والثاني: التعليق في عقد يغلب فيه معنى المعاوضة، وهو الكتابة الصحيحة وستاتي أحكامها إن شاء الله تعالى.

والثالث: التعليق في عقد فيه معنى المعاوضة، ويغلب فيه معنى التعليق، وهو الكتابة الفاسدة وهي كالصحيحة في أحكام[3].

أحدها: أنه إذا أدى العبد المسمى عتق بموجب التعليق، ولا يعتق بابراء السيد ولا بأداء الغير عنه متبرعاً، لأن الصفة المعلق عليها لا يحصل بهما[4] بخلاف الكتابة

---

(١) في: أ "مصرف".

(٢) "إن" ليست في: ب، ز، ظ.

(٣) في: أ "الأحكام".

(٤) في: ز "بها".

الصحيحة.

وحكى الصيدلاني عن أبي حنيفة[1] رضي الله عنهما: أنه يعتق بهما.

ولو اعتاض عن المسمى لم يعتق أيضاً.

وقوله في الكتاب "فلا يحصل بالابراء والاعتياض" رتبه على أن العتق يحصل بموجب التعليق لا بحكم المعاوضة، وإلا فهو مما يفارق فيه الكتابة الفاسدة الكتابة الصحيحة وذكره هناك أحسن.

وقوله "والاعتياض" قد يفهم من السياق المذكور تجويز الاعتياض في الكتابة الصحيحة، وحصول العتق به لكن فيه خلاف سيأتي من بعد إن شاء الله.

والثاني: أنه يستقل بالاكساب[2] ليتردد وينصرف، فيؤدي المسمى ويُعتق، وإذا أدى فما فضل من الكسب فهو له، وإنما كان كذلك، لأن الكتابة الفاسدة كالصحيحة في حصول العتق بأداء المسمى، والأداء يكون من الكسب فيكون بمنزلة الصحيحة في الكسب.

وولد المكاتب من جاريته بمثابة أكسابه لكن لا يبيعه، فإنه مكاتب[3] عليه على ما سنذكر من بعد إن شاء الله تعالى.

فإذا عتق تبعه وعتق عليه.

والمكاتبة كتابة فاسدة هل يتبعها ولدها؟ فيه طريقان:

أظهرهما: على ماذكره الإمام وغيره رحمهم الله: نعم كالاكساب.

والثاني: وهو المذكور في الكتاب، وحكاه الشيخ أبو علي عن أبي زيد: أن فيه قولين، لأن العتق إنما يحصل في الكتابة الفاسدة من جهة التعليق وقد ذكرنا في "التدبير" قولين في ولد المعلق عتقها.

---

(١) انظر: الهداية ٢٥٧/٣.

(٢) في: ز "بالاكساب".

(٣) في: أ "يتكاتب".

هذا ما أورده وسنذكر في ولد المكاتبة كتابة صحيحة قولين في أنه هل يتبعها فيمكن أن يقال الطريقان مفرعان[١] على قولنا: إنه يتبعها[٢] هناك.

والثالث: أورد الإمام وصاحب الكتاب رحمهما الله: أنه إذا استقل سقطت نفقته عن السيد، وإن له معاملة السيد كالمكاتب كتابة صحيحة، والذي ذكره صاحب "التهذيب" أنه لايجوز معاملته مع السيد، وأنه لا[٣] ينفذ تصرفه فيما في يده كما في المعلق عتقه بصفة، ولعل هذا أقوى.

واختلفوا في صورتين: إحداهما: هل للمكاتب كتابة فاسدة أن يسافر دون إذن السيد؟ يبنى ذلك على أن المكاتب كتابة صحيحة هل يسافر بغير إذنه؟ وقد نص في باب كتابة بعض العبد في "المختصر"[٤] أنه يسافر.

وعن "الإملاء" منعه.

وفيهما طريقان للأصحاب.

أحدهما: أن فيه قولين: أحدهما المنع وبه قال مالك[٥] رضي الله عنه لما فيه من المخاطرة بالمال، ولهذا لم يكن للشريك أن يسافر بغير إذن شريكه[٦].

وأصحهما: الجواز وبه قال أبوحنيفة وأحمد[٧] رضي الله عنهما، لأنه قد يستعين بالسفر على الاكتساب، ولأن المكاتب في يد نفسه والسيد يستحق عليه ديناً مؤجلاً والدين المؤجل لايمنع السفر[٨].

---

(١) في: ب "متفرعان".

(٢) في: أ "أنه".

(٣) في: أ "ولأنه".

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٥.

(٥) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٨.

(٦) "شريكه" ليست في: أ.

(٧) انظر: الهداية ٢٥٧/٣، والمغني ٤٧٥/١٤.

(٨) انظر: الوسيط ٥١٣/٧، والتهذيب ٤٣٧/٨، والروضة ٢٣٥/١٢.

والثاني: حملهما على حالين، حيث[١] جوز أراد السفر[٢] القصير[٣]. وحيث منع أراد الطويل.

وقيل: حيث جوز، أراد ما إذا لم يحل النجم، وحيث منع أراد ما إذا حل.

فإن قلنا: يسافر بغير إذن، ففي المكاتب كتابة فاسدة وجهان:

أحدهما: أن له ذلك أيضاً لاستقلاله بالكسب.

وأظهرهما: المنع، لأن تمكينه من الخروج عن ضبط السيد، ونظره من غير عقد لازم بعيد[٤].

والثانية: يجب على السيد فطرة المكاتب كتابة فاسدة، وهل يصرف إليه سهم الرقاب؟

فيه وجهان عن حكاية القاضي الحسين رحمه الله.

أحدهما: نعم، لأنها من الاكساب التي يتوصل بها إلى العتق، وهو مستقل بالاكتساب[٥].

وأصحهما: وهو المحكي عن النص، لا لأن هذه الكتابة غير لازمة والقبض فيها غير موثوق به.

وعلى هذا فالمسألة مما يفارق فيها الكتابة الفاسدة الصحيحة، وكذا المسافرة إذا منعناها في الفاسدة وجوزناها في الصحيحة.

(قال [الغزالي]) ويفارقه في أمرين.

أحدهما: أنه إذا أخذ ما علق به الأداء رده ورجع إلى قيمة الرقبة لفساد العوض.

---

(١) في: ز فحيث".

(٢) في: ظ "للسفر".

(٣) في: ظ "القصر".

(٤) في: ب "بعدٌ".

(٥) في: ز "بالإكساب".

والثاني: أنها لا تلزم من جانب السيد، فله فسخها، ومهما فسخ أو قضى القاضي بردها لم يعتق بحكم التعليق، وإن أدى لأنه[١] كان تعليقاً في ضمن معاوضة.

ولو أعتقه عن كفارته صح وبرئت ذمته وكان فاسخاً للكتابة حتى لا يتبعه الكسب بخلاف الكتابة الصحيحة، فإنها تمنع الإجراء عن الكفارة.

ولو مات السيد فأدى إلى الوارث، لم يعتق، لأنه ليس القائل له: إن أديت[٢] فأنت حر).

[فصل: الفاسد يفارق الصحيح في أمرين: وفيه مسائل]

[قال الرافعي]: حق لفظ الكتابة تأنيث الكتابة والتذكير[٣] ههنا.

وفي قوله "من قبل ثم الفاسد يساوي الصحيح" مردود إلى العقد أو نحوه.

وفقه[٤] الفصل مسائل إحداها: إذا أدى العبد المسمى في الكتابة الفاسدة وحصل العتق فيرجع على السيد بما أدى، لأنه لم يملكه، ويرجع السيد عليه بقيمة رقبته، لأن فيها معنى المعاوضة، وقد تلف المعقود عليه بالعتق، فهو كما لو تلف المبيع بيعاً فاسداً في يد المشتري، يرجع على البائع بما أدى، ويرجع البائع عليه بالقيمة، وكذا لو خالع على عوض فاسد، إلا أن الخلع لا مستدرك له، والكتابة تقبل الرفع، وإن كانت صحيحة، والاعتبار بقيمة يوم العتق، فإنه يوم التلف.

وعن رواية ابن خيران رحمه الله قول: أنه يعتبر قيمة يوم العقد، كما في الكتابة الصحيحة، فإنا إذا احتجنا إلى قسمة العوض على العبيد[٥] يراعي قيمتهم يوم العقد.

والظاهر المشهور الأول.

وإنما اعتبرنا قيمة يوم العقد في الكتابة الصحيحة، لأنه وقت الحيلولة، وههنا

---

(١) في أ "فإنه".

(٢) في أ "الى".

(٣) في: أ "التذكر".

(٤) "وفقه" هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب. وفي. والله أعلم.

(٥) في: ب "العبد".

تحصل الحيلولة بالعتق، وإذا هلك المسمى في يد السيد رجع العتيق بمثله أو قيمته[١]، فإن كان الواجب على السيد من جنس القيمة، بأن كان غالب نقد البلد فهو على أقوال التقاص[٢]، وسيأتي ذكرها في الكتاب إن شاء الله تعالى.

فإذا حصل التقاص وفضل[٣] لأحدهما شيء رجع بالفاضل وما ذكرنا[٤] من التراجع فيما إذا كان المسمى مما له قيمة، فإن كان خمراً أو خنزيراً فلا يرجع العتيق على السيد بشيء وهو يرجع على العتيق بقيمة رقبته.

الثانية: للسيد فسخ الكتابة الفاسدة، لأن المسمى فيها لا يسلم للسيد، فإن للعبد استرداده، بخلاف الكتابة الصحيحة[٥] ثم إن شاء فسخ بنفسه، وإن شاء رفع الأمر إلى الحاكم حتى يحكم بإبطالها أو بفسخها.

قال القاضي الروياني رحمه الله: وهو كما لو وجد المشتري بالمبيع عيباً له أن يفسخ البيع بنفسه، وله أن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يفسخه، ولا يبطلها الحاكم من غير طلب السيد، ذكره في "التهذيب".

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب "فله فسخها" بالواو، لأن القاضي ابن كج ذكر أن ابن القطان رحمهما الله حكى عن ابن سلمة رحمه الله وجهاً آخر أنه لا سبيل إلى إبطال الكتابة الفاسدة بالقول، لأن العتق فيها يحصل بحكم التعليق، والتعليق[٦] لايجوز إبطاله.

والظاهر الأول.

---

(١) في: أ "وقيمته".
(٢) "التقاص" قال في المصباح ٥٠٥/٢ "وقاصصته" مقاصة وقصاصا من باب قاتل: إذا كان لك عليه دين مِثلُ ماله عليك، فجعلت الدين في مقابله الدين، مأخوذ من اقتصاص الأثر، ثم غلب استعمال "القصاص".
(٣) في: أ ، ز "وحصل".
(٤) في: ز "ذكر".
(٥) من قوله: "فإن احتجنا إلى قسمة العوض ... بخلاف الكتابة الصحيحة" ليست في: ظ.
(٦) "التعليق" ليست في: ظ.

وإذا فسخها أو حكم الحاكم بإبطالها ثم أدى المسمى لم يعتق ووجه بأنه، وإن كان تعليقاً فهو تعليق في ضمن معاوضة، وإنما عقد طالباً[١] للعوض فكأنه[٢] قال: إن أديت كذا في ضمن معاوضة فأنت حر فإذا ارتفعت المعاوضة ارتفع التعليق الذي يضمنه، وأنه قال إن أديت فأنت حر ما لم أرجع، فالعتق[٣] يتعلق بالأداء وعدم الرجوع، وقد بطلت إحدى الصفتين.

وليشهد السيد على الفسخ، فإن وجد أداء المسمى، واختلفا فقال: العبد أديته قبل أن فسخت، وقال السيد، بل بعده فالمصدق العبد، لأن الأصل عدم الفسخ وعلى السيد البينة.

الثالثة[٤]: إذا أعتق المكاتب كتابة فاسدة عتق، لا عن جهة الكتابة وكان إعتاقه فسخاً للكتابة، وليكن الحكم كذلك لو باعه أو وهبه، وعلى هذا فلو أعتقه عن كفارته فيجزيه وقد سبق ذكر هذا مرة في "الكفارات"[٥] وحكاه الشيخ أبو علي رحمه الله عن نص الشافعي رضي الله عنه، ثم قال: إذا عتق لا عن جهة الكتابة لم يتبعه الكسب والولد بخلاف الكتابة الصحيحة، لأن المكاتب هناك استحق العتق على السيد بعقد لازم، واستحق استتباع الأكساب، والأولاد فليس للسيد إبطاله، وههنا[٦] لا استحقاق[٧] على السيد، فجعل فاسخاً للكتابة.

قال: وعرضت هذا على الشيخ القفال رحمه الله فاستحسنه وأقرني عليه، ولم ير غيره.

وهذا ظاهر المذهب، والمذكور في يالكتاب.

---

(١) في: ز "طلباً".
(٢) في: ب، ز "وكأنه".
(٣) في: ز "فالتعليق".
(٤) في: ب "الثالث".
(٥) انظر: الوجيز ٢٢٥/٢، والعزيز ٢٧٩/١٢ و ٢٨١.
(٦) في: ز "الإستحقاق ههنا".
(٧) في أ " الاستحقاق".

وليعلم مع ذلك قوله في الكتاب "وبرئت ذمته" وقوله "وكان فاسخاً للكتابة "وقوله حتى لا يتبعه الكسب" كلها بالواو، لأنا ذكرنا في "الكفارة" أن الإمام رحمه الله قال: إجزاؤه عن الكفارة مرتب على أنه إذا أعتقه السيد، هل يستتبع عتقه الأكساب والأولاد؟ وفيه خلاف محالٌ على هذا الباب، فإن لم يستتبع كان إعتاقه فسخاً وإجزاء عن الكفارة، وإلا ففي الإجزاء وجهان.

وقوله: "فإنها تمنع الإجزاء عن الكفارة" يجوز أن يعلم بالحاء والألف لما ذكرنا في "الكفارات"[١].

الرابعة: تبطل الكتابة الفاسدة بموت السيد، فلا يحصل العتق بالأداء إلى الوارث بعد الموت.

وعن أبي حنيفة[٢]، وأحمد[٣] رحمهما الله: أنه يحصل كما في الكتابة الصحيحة.

لنا: أنها[٤] جائزة من الجانبين فتبطل بالموت كالوكالة.

وأيضاً فإنا قد ذكرنا أن العتق فيها يحصل بحكم التعليق فتبطل بالموت كسائر التعليقات.

نعم لو قال: إن أديت إلى ورثتي كذا بعد موتي فأنت حر "عتق بالأداء إليهم، كما لو قال: "إن دخلت الدار بعد موتي". ولا يخفى أن الكتابة الفاسدة مفارقة للصحيحة في المسائل الأربع جميعاً، وقد نناقش لذلك في قوله في الكتاب "ويفارقه في أمرين" فإنه يفهم الحصر، وليس بين المسائل الثلاث الأخيرة ربط حتى تجعل أمراً والتراجع المذكور أولاً أمراً[٥].

وأيضاً فلا يجب الإيتاء في الكتابة الفاسدة على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

---

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٢٥، والعزيز ١٢/٢٨٠، وانظر الروضة ١٢/١٣٥.

(٢) انظر: الهداية ٣/٢٥٥.

(٣) انظر: المغني ١٤/٥٧٥ و ٥٧٦.

(٤) انظر: الوسيط ٧/٥١٦ و ٥١٧، والتهذيب ٨/٤٢٩، والروضة ١٢/٢٣٥، ومغني المحتاج ٤/٢٣٣.

(٥) في ب " وإفراد الرابع المذكور أولاً إفراد".

وإذا كاتب جاريته كتابة فاسدة، وعجزت عن الأداء. فأرقها أو فسخ الكتابة لم يجب الاستبراء بخلاف ما في الكتابة الصحيحة.

ولو عجل النجوم في الكتابة الفاسدة فهل يعتق كما في الكتابة[1] الصحيحة، أو لايعتق، لأن الصفة لم توجد على وجهها؟ فيه وجهان[2]:

هذا تمام الكلام في أركان الكتابة بتوابعه.

---

(١) "الكتابة" ليست في: ب، ظ، ز.

(٢) انظر: الروضة ٢٣٥/١٢ حيث قال فيها: "قلت : أصحهما الثاني" وا لله أعلم.

الباب الثاني

في أحكام الكتابة

وفيه خمسة فصول

[الباب الثاني: أحكام الكتابة]

وفيه خمسة فصول:

(قال الغزالي: النظر الثاني في أحكامها: وهي خمسة:

الأول: مايحصل به العتق وفيه مسائل:[١] الأولى أنه يحصل في الصحيحة بأداء النجوم وبالإبراء وبالاعتياض، ولا[٢] يحصل بجزء من النجوم جزءٌ من الحرية حتى يودي الكل، ولو كاتب عبدين دفعة واحدة عتق أحدهما بأداء نصيبه قبل أداء الثاني، ولو كاتبا عبداً لم يعتق نصيب أحدهما مالم يؤد جميع النجوم إليهما، إلا أن يكاتب واحدٌ ويخلف ابنين فيعتق نصيب أحد الابنين بأداء نصيبه).

[الفصل الأول: ما يحصل به العتق. وفيه ست مسائل]

[قال الرافعي] قوله "في أحكامها" يرجع إلى الكتابة المستجمعة للأركان بشرائطها، وهي الصحيحة، هذا هو المعهود في ترتيب صاحب الكتاب في[٣] المقدمة[٤] وحينئذ فقوله "في الصحيحة" حيث قال "يحصل في الصحيحة بأداء النجوم مستغنى عنه".

واعلم أنه جعل أحكام الكتابة الصحيحة خمسة أنواع، وأدرج فيها ما يحتاج إلى معرفته في هذا النظر.

المسألة الأولى بم يحصل العتق

أحدها: أن العتق بم يحصل، ولا شك في حصوله بأداء النجوم بتمامها، وكذا بالإبراء عنها على قضية الابراء عن الثمن والأجرة.

وأما قوله "بالاعتياض" فهذا قد أرسله إرسالاً والمفهوم منه أنه[٥] إذا أخذ عن

---

(١) في: ظ "ست: أحدها".
(٢) في: أ "فلا".
(٣) "في" ليست في: أ، ب، ظ.
(٤) في: ز "الأبواب المتقدمة".
(٥) "أنه" ليست في: أ ، ظ.

النجوم عوضاً حصل العتق لبراءة الذمة عن النجوم، لكن في جواز الاستبدال عن النجوم. خلاف[١] قد صرح به من بعد، وإنما يستمر ما أطلقه هنا على تجويز الاستبدال، وقد أجرى مثل هذا في خلال أحكام الكتابة الفاسدة.

وإذا جوزنا الحوالة بالنجوم، أو عليها فيحصل العتق بجريان الحوالة أيضاً، ولا يحصل بأداء بعض النجوم، أو بالإبراء عن بعضها عتق بعض العبد، بل يتوقف على أداء الكل أو الإبراء[٢] عن الكل.

لما روي عن عمرو بن شعيب[٣] عن أبيه عن جده رضي ا لله عنهم أن النبي ﷺ قال "المكاتب عبدٌ مابقي عليه درهم من كتابته"[٤].

ولو كاتب عبدين أو عبيداً دفعة واحدة، فقد ذكرنا خلافاً في صحة هذه الكتابة،

---

(١) في: أ "وقد".

(٢) في: أ "والإبراء".

(٣) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد ا لله بن عمرو بن العاص أبوابراهيم، تابعي صدوق ثقة، حسن الحديث.
توفي سنة ثمان عشرة بعد المائة.
انظر ترجمته في: تقريب التهذيب ٧٢/٢، وشذرات الذهب ١٥٥/١

(٤) الحديث قال عنه الحافظ ابن حجر في التخليص ٢١٦/٤ "حديث عمرو بن شعيب عن أبيه جده المكاتب قن ما بقي عليه من كتابته درهم" أوداود والنسائي والحاكم من طرق، رواه النسائي وابن حيان من وجه آخر من حديث عطاء عن عبدا لله بن عمرو بن العاص من حديث طويل، ولفظه: ومن كان مكاتباً على مائة درهم فقضاها إلا أوقية، فهو عبد.
قال النسائي هذا حديث منكر، وهو عندي خطأ وقال ابن حزم: عطاء هذا هو الخرساني، ولم يسمع من عبدا لله بن عمرو وقال الشافعي في حديث عمرو بن شعيب: لا أعلم أحداً روى هذا إلا عمرو بن شعيب ولم أر من رضيت من أهل العلم يثبته وعلى ذا فتيا المفتين" ١-هـ.
انظر: ابوداود ٢٠/٤ حديث رقم (٣٩٢٧,٢٦) من كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت.
والنسائي في الكبرى- في العتق كما في تحفة الأشراف ٣١٩/٦ والترمذي ٣٦٦/٢- من البيوع- باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي.
وقال: "حسن غريب. وابن ماجه ٨٤٢/٢- العتق - باب المكاتب، والحاكم ٢٣٧/٢- وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي على تصحيحه. انظر: تحفة المحتاج ٦،٣،٢. ٦٠٣.

وإذا صححناها، وهو الأظهر، فقد بينا أنه إذا أدى بعضهم حصته عتق، وإن لم يؤد الآخر، وحكينا خلاف أبي حنيفة[١] ومالك[٢] رحمهما الله فيه.

فليعلم قوله في الكتاب "عتق أحدهما" بالحاء والميم، ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً، لأن عتق أحدهما[٣] بأداء نصيبه إنما يستمر على قولنا بصحة الكتاب، فأما إذا حكمنا بفسادها فقد مر هناك أن الأقيس أنه لايعتق بعضهم بأداء حصته خاصة.

ولو كاتب اثنان عبداً[٤] مشتركاً بينهما معاً فينبغي أن يسوي بينهما في الأداء، ولا يعتق نصيب أحدهما بأداء نصيبه من النجوم على ما سيأتي.

ولو كاتب إنسان عبداً ومات، وخلف ابنين فأدى نصيب أحد الابنين بغير إذن الآخر، لم يعتق[٥] نصيبه، وإن أداه بالإذن ففي عتق نصيبه خلاف نشرحه من بعد إن شاء الله تعالى.

والذي أطلقه ههنا جوابٌ على أحد القولين، وليعلم بالواو لما سيأتي.

وقوله: "إلا أن يكاتب واحد ويخلف ابنين" لا يخفى أنه ليس باستثناء محقق، ولما ذكر أن العتق لا يتبعض بتبعض النجوم أداء أو إبراء.

أشار بذكر هذه الصورة إلى أن ذلك فيما إذا اتحد المكاتب والمالك، فأما إذا تعدد المكاتب فقد يتبعض، وكذلك إذا تعدد[٦] المالك كما في مسألة الوارثين على رأي.

واعلم أن المسائل والصور المتعلقة بقاعدة واحدة كثيراً ما وقعت متبددة في الكتاب في هذا الباب، وتولد من ذلك بعض التطويل والتكرار.

ولو وقعت مجموعة لكانت أقرب إلى الفهم، والاختصار، وكتابة الشريكين العبد

---

(١) انظر: الهداية ٢٦٥/٣.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٧، وانظر المسألة في الوسيط ٥١٨/٧، والتهذيب ٤٢٩/٨، والروضة ٢٣٦/١٢.

(٣) في: أ "أحدها".

(٤) في: أ "عبيداً اثنان".

(٥) في: ز "يبطل".

(٦) "المكاتب والمالك ... إذا تعدد" ليست في: ز.

المشترك من هذا القبيل[١] فتأمل صورها.

(قال [الغزالي] الثانية: إذا جن السيد وقبض النجوم لم يعتق حتى يسلم إلى القيم، ولو تلف في يد السيد فلا ضمان للتقصير بالتسليم إليه، ولو جن فقبض منه السيد عتق، لأن فعله ليس بشرط، أما الكتابة الفاسدة، فتنفسخ بجنونهما على وجه، لجوازها ولا تنفسخ على وجه، لأن مصيرها إلى اللزوم، وتنفسخ على وجه بجنون المالك دون العبد، لأن الصحيحة أيضاً جائزة في حق العبد).

[المسألة الثانية: انفساخ الكتابة بجنون السيد والعبد ونحو ذلك]

[قال الرافعي]: ولا تنفسخ الكتابة بجنون السيد ولا بجنون العبد ولا باغمائهما، لأن الكتابة لازمة من أحد الطرفين فأشبهت الرهن، وإنما تنفسخ بالجنون، العقود الجائزة من الطرفين كالشركة والوكالة، ثم إذا جن السيد فعلى المكاتب تسليم المال إلى قيمه، فإن سلم إليه لم يعتق، لأن قبضه فاسد.

ولو تلف في يده فلا ضمان لتقصيره بالتسليم إليه، ثم إن لم يكن في يد المكاتب شيء آخر يؤديه في الكتابة فللقيم تعجيزه.

ولو حجر عليه بالسفه، فهو كالمجنون[٢]، وإذا أدى المكاتب إليه في حال الحجر، وعجزه الولي، ثم رفع الحجر عنه لم يلغ التعجيز.

ومنهم من أثبت فيه قولين كما سبق في المرتد إذا أخذ النجوم، وعجز الحاكم المكاتب ثم أسلم المرتد.

والظاهر الأول، وفرق بينهما بأن حجر السفيه أقوى ألا ترى أن تصرفه لا ينفذ وتصرف المرتد ينفذ في قول، وبأن الحجر على السفيه لحفظ ماله، فلو حُسِبَ عليه ما أخذه وأتلفه في حال الحجر، لم يحصل حفظ المال والحجر على المرتد لرعاية حق المسلمين، فإذا عاد إلى الإسلام، فلا حق لهم في ماله ولا يضرهم احتساب ما أخذه عليه.

---

(١) "القبيل" ليست في: ز.

(٢) في: ب، ظ "كالوجهين. وفي: ز "كما لوجن".

وإذا جن العبد، فأدى في جنونه، أو أخذه السيد من غير أداء منه يعتق.

ووجه ذلك بأن قبض النجوم مستحق، ولو أخذها المولى من غير إقباض من المكاتب وقع موقعه، وإذا كان الأمر بهذه المثابة فبالأخذ تبرأ ذمته، وإذا بريء عتق.

هذا هو المشهور المذكور في الكتاب[1].

وقال الإمام: رحمه الله إن عسر وصول السيد إلى حقه إلا من جهة قبض مايصادف، فله ذلك وإن أمكنه مراجعة من ينصبه القاضي ناظراً للمكاتب، فلا وجه لاستبداده بالقبض عندنا.

ولو استبد لم يصح، وإذا لم يصح، فلو أقبض المجنون لم يكن لإقباضه حكم.

وفي خلال كلام الإمام رحمه الله: إثبات قول أو وجه، في أن الكتابة تنفسخ بجنون المكاتب، وقد تعرض له صاحب الكتاب من بعد[2]، فإن ثبت ذلك رخص في إعلام قوله ههنا "عتق" بالواو.

وهذا في الكتابة الصحيحة.

وأما[3] الفاسدة، فهل تبطل بجنونهما وإغمائهما؟ فيه ثلاثة أوجه.

أحدها: نعم لجوازها من الطرفين كالشركة والوكالة.

والثاني: لا، لأن المغلب فيها التعليق، والتعليق لايبطل بالجنون، ويحكى هذا عن الشيخ أبي حامد رحمه الله، وهو الأصح عند الإمام قدس الله روحه. ووجهه: بأنها وإن كانت جائزة فمصيرها إلى اللزوم كالبيع في زمان الخيار.

وأصحها: عند الأكثرين رحمهم الله وهو ظاهر النص: أنها تبطل بجنون السيد وإغمائه، وبالحجر عليه، ولا تبطل بجنون العبد وإغمائه[4]. والفرق أن الحظ في الكتابة للعبد لا للسيد لما سبق أنها تبرع فيؤثر اختلال عقل السيد، ولا يؤثر اختلال عقل العبد.

---

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٨٦، والوسيط ٧/٥١٨، والروضة ١٢/٢٣٦.

(٢) "من بعد" ليست في: ز.

(٣) في: ب، ظ "أما".

(٤) من "وبالحجر عليه ... وإغمائه" ليست في: ز.

وأيضاً فإن العبد لا يتمكن من فسخ الكتابة، ورفعها صحيحة كانت أو فاسدة، وإنما يعجز نفسه، ثم السيد يفسخ إن شاء، وإذا لم يملك الفسخ لم يؤثر جنونه، وأيضاً فإن الكتابة الصحيحة أيضاً جائزة في حق العبد، وجوازها لا يقتضي بطلانها بجنونه فكذلك الكتابة الفاسدة، فإن قلنا: إنها لا تبطل، فلو أفاق وأدى المسمى عتق، وثبت التراجع، وبمثله أجابوا فيما إذا أخذ السيد في جنونه، وقالوا: ينصب الحاكم من يرجع له.

وينبغي أن يقال لايعتق ههنا بأخذ السيد، وإن قلنا: في الكتابة الصحيحة: إنه يعتق، لأن المغلب ههنا التعليق، والصفة المعلق عليها الأداء من العبد، و لم يوجد، وإذا قلنا: إنها تبطل، فلو أدى المسمى ففي حصول العتق وجهان:

أظهرهما: أنه لا يحصل، لأن العتق بالتعليق في الكتابة الفاسدة يتبع الكتابة، فإذا ارتفعت ارتفع التعليق، كما لو فسخها السيد.

والثاني: يحصل لوجود الصفة المعلق عليها ويخالف ما لو فسخ السيد، فإن فسخه[1] رفع للتعليق[2] من جهته.

وعلى هذا قال الإمام رحمه الله: الوجه القطع بأنه لا تراجع، لأن التراجع قضية الكتابة الفاسدة، وقد زالت وبقي التعليق المحض.

ومن أصحابنا من أثبت الرجوع على العبد بالقيمة قال: ومساقه أن يتبعه الكسب، وهذا كالندم على الحكم بارتفاع الكتابة.

(قال[الغزالي]: الثالثة إذا كاتبا عبداً ثم أعتق أحدهما نصيبه، عتق وسرى في الحال على قول، وفي قول آخر لا يسري إلى أن يرق نصيب الثاني بالعجز، فإن قلنا: يسري في الحال فتنفسخ الكتابة في محل السراية أو ينتقل مكاتباً ويعتق حتي يكون الولاء للشريك لا لمن سرى عليه، فيه وجهان، وقيل: إن كونه مكاتباً يمنع السراية، ثم إبراء أحدهما يجري مجرى إعتاقه في السراية، وكذا قبض نصيب نفسه برضا صاحبه إن قضينا بأنه يوجب العتق، فيسري، ولا نقول: هو مجبر على القبول، لأنه

---

(١) في: أ "فسخ".

(٢) في أ "التعليق".

اختار أصل[١] العقد نعم، أحد الابنين إذا قبض نصيبه عتق، ولم يسر لأنه مقهور في القبض، ولم يصدر العقد منه)[٢].

[المسألة الثالثة: إذا كاتبا عبداً ثم أعتق أحدهما نصيبه]

[قال الرافعي]: إذا كاتب الشريكان العبد المشترك معاً ثم أعتق[٣] أحدهما نصيبه عتق، وهل يسري إلى نصيب الشريك إن كان موسراً؟ عن حكاية صاحب "التقريب" رحمه الله: وجه أو قول مخرج: أنه لا يسري وقد ذكرناه بتوجيهه في كتاب "العتق" وهذا ماذكره آخراً في الكتاب[٤] فقال[٥]: وقيل: إن كونه مكاتباً يمنع السراية. والمذهب المشهور ثبوت أصل السراية، وفي وقتها قولان:

أحدهما: أنها تثبت في الحال، لأنه قد عتق بعضه والمقصود من شرع السراية أن لا تتبعض الحرية.

وأظهرهما: أنها لاتثبت في الحال، لأنه قد انعقد سبب الحرية للنصيب الآخر وقد يؤدي ويعتق، ولأن العقد يتضرر به من حيث أنه ينقطع عنه الولد والكسب.

وعن أبي الطيب بن سلمة رحمه الله القطع بالقول الثاني.

فإن قلنا: بالسراية في الحال فتنفسخ الكتابة في نصيب الشريك أو يسري العتق إليه مع بقاء الكتابة؟ فيه وجهان:

أظهرهما: ولم يورد أكثرهم غيره أنها تنفسخ، لأن الإعتاق أقوى من الكتابة، فعلى هذا يعتق كله على الشريك المعتق، ويكون الولاء له.

والثاني: يسري العتق مع بقاء الكتابة لئلا تتبعض الحرية، ولا يبطل حق الآخر، وعلى هذا فولاء النصف الآخر للشريك لا للذي أعتق نصيبه.

---

(١) "أصل" ليست في: أ.

(٢) في: أ "العتق" و "منه" ليست في: أ، ز.

(٣) في: أ "عتق".

(٤) "الكتاب" ليست في: ز.

(٥) "فقال" ليست في: أ.

وإن قلنا: لا تثبت السراية في الحال، فإن أدى نصيب الآخر من النجوم عتق عن الكتابة، وكان[١] الولاء بينهما، وإن عجز وعاد إلى الرق تثبت السراية حينئذ، ويكون الولاء كله للشريك المعتق، ويجيء الخلاف في أنها تثبت بنفس العجز أو بأداء القيمة أو يتبين بأداء القيمة حصول العتق من وقت العجز، ويجري هذا الخلاف على قولنا بثبوت السراية في الحال أيضاً.

وإن مات قبل الأداء والعجز فقد مات بعضه حراً وبعضه رقيقاً. وهل يورث عنه؟ فيه الخلاف المذكور في "الفرائض".

ولو أبرأ أحد الشريكين عن نصيبه من النجوم فهو كما لو أعتقه، والقول في السراية، وفي وقتها كما ذكرنا فيما[٢] لو أعتق أحدهما نصيبه، ولو قبض أحدهما نصيبه من النجوم برضا صاحبه، فهل يعتق نصيبه؟ فيه خلاف نأتي بشرحه إن شاء الله تعالى في المسألة الخامسة من الحكم الثاني، فإن قلنا يعتق فهو كالإعتاق[٣] في السراية ووقتها.

قال الإمام رحمه الله: ولا نقول: إنه مجبر على القبض فلا يسري، لأنه مختار في إنشاء الكتابة التي اقتضت إجباره على القبض، فهو كما لو قال أحد الشريكين إذا طلعت الشمس فنصيبي منك حر، فإذا طلعت عتق نصيبه وسرى، لأنه مختار في التعليق. نعم إذا كاتب عبداً، ومات عن ابنين فقبض أحدهما نصيبه، وقلنا: إنه يعتق نصيبه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى فلا يسري، لأنه مجبر على القبض وابتداء الكتابة لم يصدر منه.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب[٤] "عتق" بالواو وكذا قوله "ولم يسر" لما سنذكر من بعد إن شاء الله تعالى.

(قال [الغزالي]: فرع لو ادعى العبد على الشريكين أنه وفاهما النجوم فصدق أحدهما عتق نصيب المصدق ويجري الخلاف في السراية عليه، لأنه مختار في التصديق).

---

(١) في: أ "وقال".
(٢) "فيما" ليست في أ.
(٣) في أ " بالإعتاق".
(٤) "في الكتاب" ليست في: ب، ز ، ظ.

فرع إذا قال العبد لمالكيه وقد كتاباه هد وفيت عليكما النجوم فأنكر

[قال الرافعي] إذا قال العبد لمالكيه وقد كاتباه قد وفيت عليكما النجوم فأنكرا فهما المصدقان باليمين، وإن صدق أحدهما وكذبه الآخر عتق نصيبه المصدق، والمكذب مصدق بيمينه، وهل يسري العتق من نصيب المصدق إلى نصيب المكذب؟ فيه اختلاف[١] سيظهر في الفصل، والظاهر المنع.

والاختلاف في غير النجم الأخير، كالاختلاف فيه، إلا أن العتق لا يحصل بما سوى[٢] النجم الأخير.

ولو قال المكاتب لأحدهما دفعت إليك جميع النجوم، لتأخذ نصيبك وتدفع نصيب الآخر إليه فقال: دفعت نصيبي، ودفعت نصيب الآخر إليه بنفسك، وأنكر الآخر القبض، عتق نصيب المقر وصدق في أنه لم يقبض نصيب الآخر باليمين، وصدق الآخر في أنه لم يقبض نصيبه فلا حاجة إلى اليمين، لأن المكاتب لا يدعي عليه شيئاً ثم يتخير المنكر بين أن يأخذ حصته[٣] من النجوم، من العبد، وبين أن يأخذ من المقر نصف ما أخذ، لأن كسب المكاتب متعلق حقهما بالشركة، ويأخذ الباقي من العبد، ولا تقبل شهادة المقر عليه، لأنه متهمٌ بدفع الشركة عن نفسه، ولأن المكاتب لا يدعي عليه شيئاً.

وإذا عجز المكاتب عما طالبه المنكر به فله تعجيزه، وإرقاق نصيبه، ثم عن نصه في "الإملاء" أنه يقوم ما أرقه على المقر.

وروي أن ابن سلمة وابن خيران رحمهما الله: نقلاه إلى الصورة السابقة وجعلوا التقويم عند العجز في الصورتين على قولين.

ووجه المنع: بأن المقر لم ينشئ إعتاقاً، وإنما استوفى ما ثبت له بحكم الكتابة فصار كما لو استوفى أحد ابني المكاتب حصته من النجوم لا يقوَّم عليه نصيب أخيه.

والثاني: بأن العتق مضاف إليه، ألا ترى أنه ثبت له الولاء وفي مسألة الابنين الولاء للمورث.

---

(١) في: أ "خلاف".

(٢) في: أ "سرى".

(٣) في: ز "من العبد حصته".

وامتنع الأكثرون رحمهم الله من نقله إلى تلك الصورة، وفرقوا بأن العبد هناك يقول: أنا حر كامل الحال، فلا يستحق التقويم وههنا يعترف بأن نصيب المنكر منه لم يعتق.

وفي كتاب الصيدلاني رحمه الله طريقة قاطعة بالتقويم في الصورتين.

واعلم أن ما ذكرناه من أنه: هل يقوَّم مارق عند الحجز، يشبه أن يكون تفريعاً على أن السراية تثبت عند العجز، وأنا إذا أثبتنا السراية ههنا فيجيء القول الآخر في أنها تثبت في الحال.

وقد أطلق الإمام والمصنف رحمهما الله في مسألة الكتاب قولين في أنه إذا عُتِقَ[١] نصيب المصدق، هل يسري العتق إلى نصيب المكذب؟ أحدهما نعم، لأنه عتق نصيبه.

والثاني: لا، لأنه يقول: عتق النصيبان معاً، فلا معنى لإلزامه السراية وتمام التفريع على هذا الإيراد أن يقال: إن قلنا: لا سراية، فذاك، وإن أثبتناها فتثبت في الحال، أو عند العجز؟ فيه القولان:

وقوله في الكتاب "ويجري الخلاف في السراية عليه، لأنه مختار، في التصديق" محمول على القولين اللذين أطلقهما الإمام رحمه الله على ما بينهُ في "الوسيط"[٢] لكن ذكر الخلاف بالألف واللام ليس بحسن الموقع، لأن الخلاف في أنه هل يسري[٣] ؟لم يجر ذكر حتى يعرف بالألف واللام، ورده إلى ماذكر من قبل أن الكتابة هل تمنع السراية؟ بعيدٌ، وكان[٤] الأولى أن يقول. وفي السراية عليه خلاف.

وقوله "لأنه مختار في التصديق" توجيه السراية كأنه يقول: هو بالتصديق مختار للعتق فأشبه ما إذا أعتق أو أبرأ عن النجوم.

---

(١) في: أ "أعتق".

(٢) انظر: الوسيط ٥١٩/٧.

(٣) في: ز "لم يسر".

(٤) "هل تمنع السراية بعيد" غير واضحة في: ز.

ولو قال المكاتب لأحدهما: دفعت النجوم إليك لتأخذ نصيبك وتدفع نصيب الآخر إليه كما صورنا- فقال في الجواب: قد فعلت ما أمرت به، وأنت عتيقٌ وأنكر الآخر القبض[١]، عتق نصيب المقر وصدق المنكر بيمينه، فإذا حلف بقي نصيبه مكاتباً وله الخيار بين أخذ حصته من المكاتب، وبين أخذه من المقر لإقراره بأخذها[٢] ومن أيهما أخذ عتق نصيبه، ثم إن أخذها من المكاتب فله الرجوع على المقر، لأنه وإن صدقه في الدفع إلى الشريك، فإنه كان ينبغي أن يشهد عليه.

وإن أخذها من المقر، فلا رجوع له على المكاتب لاعترافه بأنه مظلوم، وإذا[٣] اختار الرجوع على المكاتب فلم يأخذ حصته من المقر ولم[٤] يدفعها إلى المنكر، وعجز نفسه، فنصفه حر، ونصفه رقيق فيقوم على المقر، فيأخذ المنكر منه قيمة النصف، ويأخذ أيضاً ما أقر بقبضه له، فإنه كسب النصف الذي كان ملكهُ والله أعلم.

قال [الغزالي]: الرابعة: أحد[٥] الابنين الوارثين إذا أعتق[٦] نصيبه نفذ، وسرى على قول، إما في الحال، وإما عند العجز، وإن[٧] قلنا: لا يسري، ورق[٨] النصيب الآخر، فهل يتبين انفساخ الكتابة في النصف الذي عتق حتى يكون الولاء للمعتق خاصة، أو نقول: لم تنفسخ، والولاء في ذلك النصف مشترك[٩] بينهما؟، فيه وجهان).

[المسألة الرابعة: إذا كاتب السيد عبداً ومات عن ابنين]

[قال الرافعي]: إذا كاتب عبداً ومات عن ابنين، فهما قائمان مقامه[١٠] في أنهما

---

(١) "القبض" ليست في: ب.

(٢) في: أ "بأخذهما".

(٣) في: ز "فإذا".

(٤) في: ب، ظ "فلم".

(٥) "أحد" ليست في: ظ و "الرابعة" ليست في ز.

(٦) في: أ "عتق". وفي: ظ "عتق أحدهما".

(٧) في: ا "فإن".

(٨) في: ب، ظ "ورق النصف".

(٩) في: أ "المشترك".

(١٠) في: ظ "مقامها".

إذا[١] أعتقاه أو أبرآه عن النجوم عتق، وكذا لو استوفياها، ولو أعتقه أحدهمـا، أو أعتـق نصيبه، عتق نصيبه، وكذا لو أبرأه أحدهما عن نصيبه من النجوم.

وعند أبي حنيفـة[٢] والمزنـي[٣] رحمهمـا الله: لايعتـق نصيبـه بـالإبراء حتـى يبرئـه الآخر. ويستوفي نصيبه، كما لو كان الأب حيا، فأبرأه عن بعض النجوم.

وأجاب الأصحاب بأن هناك لم يبرئه عن جميع ماله عليه[٤] وأحد الابنين إذا أبرأه عن نصيبه من النجوم، فقد أبرأه عن جميع ماله علالشريكين عن نصيبه من النجوم. وربما طرد خلاف أبي حنيفة رحمه الله في إعتاق إحدهما نصيبه .

والذي ذكرنا أنه إذا أعتق نصيبه أو أبرأه عن نصيبه من النجوم يعتق نصيبه.

هذا[٥] هو المشهور الذي/ أطلقه عامة الأصحاب[٦] رحمهم الله. ٦٧٨/ز

وقال صاحب "التهذيب" قضية سياق "المختصر"[٧] حصول قولين في عتق نصيبه.

أحدهما: العتق.

وأصحهما: المنع، بل يوقف، فإن[٨] أدى نصيب الآخر عتق كله والـولاء لـلأب، وإن عجز فإن كان قد أعتق[٩]نصيبه، عتق الآن نصيبه، ثـم إن كـان معسـراً فلـه ولاء مـا عتق والباقي قِنٌّ للآخر[١٠].

وإن كان موسراً قوِّم عليه الباقي وبطلت كتابة الأب، وكان ولاء الكل له.

---

(١) "إذا" ليست في أ.

(٢) انظر: الهداية ٢٦٦/٣.

(٣) انظر: المختصر ص ٣٢٥، وانظر: الوسيط ٥١٩/٧، والروضة ٢٤١/١٢.

(٤) "عليه" ليست في: أ.

(٥) "هذا" ليست في: ب، ز، ظ.

(٦) انظر: الوسيط ٥١٩/٧، والتهذيب ٤٣٤/٨، والروضة ٢٤١/١٢، ومغني المحتاج ٥٣٧/٤.

(٧) انظر: التهذيب ٤٣٥/٨، والمختصر ص ٣٢٥.

(٨) في: ظ "وإن".

(٩) في: أ "عتق".

(١٠) في: أ "قن الآخر" و "للآخر" ليست في: ز.

وإن أبرأه عن نصيبه من النجوم فلا يعتق شيء منه بالعجز، لأن الكتابة تبطل بالعجز[١] والعتق في غير الكتابة لا يحصل بالإبراء.

ويجوز أن يعلم لما تبين قوله في الكتاب "نفذ" بالحاء والواو.

وإذ أجرينا على المشهور وقلنا: يعتق نصيبه، فإن كان الذي أعتق نصيبه، أو أبرأ معسراً بقيت الكتابة في نصيب الآخر، فإن عجز عاد قناً، وإن أدى وعتق فولاؤه للأب.

وأما ولاء نصيب الأول، فقد حكى القاضي ابن كج رحمه الله فيه وجهين[٢] في صورة الإعتاق.

أحدهما: أن الجواب كذلك، وهو الأصح.

والثاني: عن أبي الطيب ابن سلمة رحمه الله: أنه للابن لقوله ﷺ "إنما الولاء لمن أعتق"[٣]، ولأنه عتق بأعتاقه، لأن الأداء على موجب الكتابة.

وطريقين في صورة الإبراء.

أحدهما: القطع بأنه للأب.

وأظهرهما: طرد الوجهين.

وإن كان موسراً فهل يسري العتق إلى نصيب الشريك؟ إذا قلنا: بالأصح، وهو أنَّ الكتابة لا تمنع السراية، فيه قولان.

أحدهما: نعم، ويحكى عن اختيار الشيخ أبي حامد رحمه الله كما لو كاتب الشريكان العبد ثم أعتقه أحدهما.

وأصحهما: ونقله المزني رحمه الله في "الجامع الكبير" ونصره في "المختصر"[٤]، لا، لأن الكتابة السابقة تقتضي حصول العتق بكمالها والميت لا يقوم عليه، كان الابن

---

(١) قوله: "لأن الكتابة تبطل" ليست في: ظ.

(٢) "من قوله" "وأما ولاء ... فيه وجهين" ليست في: ظ.

(٣) تقدم الحديث ص ٦٢٣١.

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٥، وانظر: الوسيط ٥٢٠/٧، والتهذيب ٤٣٦/٨، والروضة ٢٤٢/١٢."والجامع الكبير كتاب في الفقه، للإمام الشافعي- رحمه الله- انظر: طبقات ابن هداية- الله ص٢٤٥.

يعتق عنه على سبيل النيابة، وبنى القولان على أن المكاتب هل يورث؟ إن قلنا نعم سرى، وإن قلنا لا فالعتق بحكم كتابة الأب فلا سراية.

وعن القاضي الحسين رحمه الله بناء هذا الخلاف على أن الدين هل يمنع حصول ملك الورثة في أعيان التركة؟ لأن المكاتب مستحق الصرف إلى العتق كما أن أعيان التركة مستحقة[١] الصرف إلى الدين.

التفريع: إن قلنا: بالسراية فتثبت السراية في الحال: وعند العجز، فيه قولان كما ذكرنا في الشريكين إذا أعتق أحدهما.

والأظهر: الثاني: وهو اختيار أبي إسحق رحمه الله.

وقوله في الكتاب "إما في الحال أو عند العجز" إشارة إلى هذين القولين، ويجوز أن يعلما بالواو، لأنه حكى ههنا طريقتان[٢] أخريان. إحداهما: القطع بثبوت السراية في الحال.

والثانية: القطع بتأخرها إلى العجز، لأن أحد الوارثين ليس بمعتق حقيقة، وأحد الشريكين معتق حقيقة[٣]. وإن قلنا: بالسراية في الحال فقد حكى الإمام رحمه الله وجهين في انفساخ الكتابة فيما سرى العتق إليه كما حكاهما في صورة الشريكين، والذي أورده معظمهم رحمهم الله الانفساخ فيه، وإثبات ولاية المعتق، وفي ولا ء النصف وجهان

أحدهما: أنه للمعتق خاصة، لأن نصيب الآخر بقي رقيقاً

وأصحهما: أنه لهما لأنه عتق بحكم كتابة الأب، ويثبت له الولاء فينتقل إليهما بالعصوبة.

وإذا قلنا: لا تنفسخ الكتابة فيما سرى إليه فيكون ولاء الجميع للأب، وأن قلنا: بأن السراية تثبت عند العجز فإن أدى نصيب الابن الآخر عتق كله وولاؤه للأب.

---

(١) في: ب "مستحق".

(٢) في: أ "طريقان".

(٣) "حقيقة" ليست في أ.

وإن عجز فطريقان

أحدهما: أن الكتابة تبطل ويكون ولاء الجميع له.

وأشبههما: أن ولاء ما سرى العتق إليه، وقوِّم عليه له.

وفي ولاء النصف الأول الوجهان، ومنهم من خصص الوجهين بصورة الإعتاق، وقطع في صورة الإبراء، بأن ولاء النصف الأول للأب ينتقل إليهما.

أما إذا قلنا: إنه لا سراية فنصيب الآخر مكاتب، كما كان، فإن عتق[١] بأداء أو إعتاق[٢] أو إبراء فولاء الكل للأب، وإن عجز بقي نصفه[٣] رقيقاً.

وفي ولاء النصف الأول أهو[٤] للأول أو بينهما؟ فيه ماسبق من الوجهين، ورتبهما الإمام رحمهما الله على أن الكتاب إذا انفسخت في نصيب الثاني بالعجز، فهل تنفسخ في نصيب الأول، لأن الكتابة لا تقبل التبعيض؟ فيه وجهان.

الأصح[٥] المنع، ويحتمل التبعيض لانقسام المكاتب بين الوارثين.

فإن[٦] قلنا تنفسخ فولاء النصف الأول للمعتق.

وإن قلنا لا تنفسخ فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك، لأنه يبعد أن يستوفي أحد الابنين حقه من الرقبة رقاً، ويشارك الآخر في الولاء.

وأصحهما: أن الولاء للأب ويتلقيانه بالعصوبة، ويخرج ذلك على[٧] أن من بعضه حرٌّ وبعضه رقيق يورث.

---

(١) في: أ "أعتق".

(٢) في: أ "وإعتاق".

(٣) في: ظ "ففي نصيبه".

(٤) في: ظ "هو".

(٥) في: ب "أصحهما".

(٦) في: أ "إن". وفي: ب "وإن".

(٧) في: ز "على ذلك".

ولو قبض أحد الابنين[١] نصيبه من النجوم، فهذا على ما سيأتي إن شاء الله تعالى[٢] في الشريكين، إذا كاتبا، إن كان بغير إذن، فهو فاسد، لا يحصل به العتق، وإن كان بإذن الآخر، فقولان، فإن صححناه فقد قال الإمام: لا سراية بلا خلاف لأنه يجبر على القبض، ولا سراية حيث حصل العتق بلا اختيار.

ألا ترى أنه إذا ورث بعض من يعتق عليه عتق ذلك البعض، ولم يسر وهذا ماذكره صاحب الكتاب في آخر المسألة الثالثة فقال "نعم أحد الابنين إذا قبض نصيبه عتق، ولم يسر".

وفي "التهذيب" أنا إذا جوزنا القبض بإذن الآخر فالقول في عتق نصيبه، وفي السراية على ماذكرنا فيما إذا أعتق نصيبه، أو أبرأ عن نصيبه من النجوم بلا فرق، ولمن ذهب إليه أن يمنع كونه مجبراً على القبض ويقول[٣]: هو بسبيل من الإعتاق والإبراء.

وبتقدير أن لايعتق ولا يبرأ، فيشبه إن يقال: إنه[٤] لا يجبر على الانفراد بالقبض، وإن جوزناه، لأنه لو عجز عن أداء نصيب الثاني لشاطره الثاني فيما أخذ فله أن/ يمتنع ٦٧٥/ز عن قبض ما عسى الثاني يزاحمه فيه. والله أعلم.

(قال [الغزالي]: فرع لو خلف ابنين وعبداً فادعى العبد كتابة المورث له[٥] فصدقه أحدهما وكذب الآخر، وحلف فنصيب المصدق مكاتبٌ، فإن[٦] أعتقه سرى إلى الباقي ولم يخرج على الخلاف لأنه رقيق بقول الشريك، وإن أبرأ لم يسر، لأن الشريك يقول: إبراؤه[٧] لاغ إذ لا كتابة[٨] وإن[٩] عتق بأداء النجوم لم يسر، لأنه مقهور على العتق).

---

(١) في: ظ "الشريكين".
(٢) من قوله "الابنين نصيبه ... إن شاء الله تعالى" ليست في: ظ.
(٣) في: أ "قل" وهو خطأ.
(٤) "إنه" ليست في: ب.
(٥) "له" ليست في: أ.
(٦) في: أ "وإن".
(٧) في: ب "الإبراء".
(٨) في: أ "إذا الكتابة".
(٩) في: أ "وإذا".

فرع: خلف ابنين وعبدا فادعى العبد أن أباهما كاتبه

[قال الرافعي]: خلف ابنين وعبداً فادعى العبد أن أباهما كاتبه، فإن كذباه فهما المصدقان باليمين، ويكون حلفهما على نفي العلم بكتابة الأب، فإن حلفا فذاك، وإن نكلا وحلف العبد اليمين المردودة تثبت الكتابة، وإن حلف أحدهما دون الآخر نكلا وحلف العبد اليمين المردودة تثبت الكتابة، وإن حلف أحدهما دون الآخر ثبت الرق في نصيب الحالف وترد اليمين في نصيب الناكل، وإذا أراد[١] إقامة البينة احتاج إلى إقامة عدلين، لأن مقصود الكتابة العتق دون المال.

وإن صدقاه أو قامت البينة فالحكم كما[٢] مرَّ في الفصل السابق[٣].

وإن صدقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب مصدق بيمينه[٤].

وأما نصيب المصدق ففي كتاب القاضي ابن كج أن بعضهم خرج قولاً: أنه لا تثبت الكتابة فيه لأن الكتابة لا تتبعض، فالصحيح المشهور ثبوتها، وهذا التبعيض لضرورة أدت إليه بخلاف التبعيض في الابتداء، وأطلقوا القول بقبول شهادة المصدق على المكذب.

وقال الإمام رحمه الله: إنه يثبت بشهادته لنفسه حقوقاً في الكتابة إذ النجوم موروثة فقبول شهادته[٥] بعقد عوضه للشاهد[٦] محالٌ، فإن فرضت شهادته بعد الإبراء عن النجوم، فله أغراض في السراية، فإن نفينا السراية اتجه القبول، وإذا وقع الحكم بان[٧] نصيب المصدق مكاتب، ونصيب الآخر قِنٌ فنصف الكسب له يصرفه إلى جهة النجوم، ونصفه للمكذب[٨].

---

(١) في: ز "أراد العبد".

(٢) "كما" ليست في: ز ، ظ.

(٣) انظر: ص ١٢٢٠، والوجيز ٢/٢٨٧.

(٤) انظر: الوسيط ٧/٥٢٠، والتهذيب ٨/٤٣٥، والروضة ١٢/٢٤١.

(٥) في: ظ "الشهادة".

(٦) في: ظ "للمشاهد".

(٧) في: أ "فإن".

(٨) في: أ "المكذب".

وإن اتفقا على مهايأة ليكتسب يوماً لنفسه، ويوماً للمكذب أو يخدمه، جاز، ولا إجبار عليهما[١] على الأظهر خلافاً[٢] لأبي حنيفة رحمه الله ولا تقدير للنوبتين في المهايأة[٣].

وفي كتاب القاضي ابن كج رحمه الله أنه تجوز المهايأة يومين يومين وثلاثة ثلاثة، فإن زادت كسنة وسنةٍ، ففي الجواز وجهان.

وإذا أدى النجوم وفضل شيء مما اكتسب لنفسه فهو له.

ثم إن أعتق المصدق نصيب نفسه عتق.

وهل يسري؟ فيه طريقان

قال أكثرهم: في السراية قولان كما لو صدقاه معاً إلا أنا إذا قلنا: بالسراية فهاهنا تثبت السراية في الحال ولا يجيء القول الآخر لأن صاحبه منكر للكتابه فلا يمكن التوقف إلى العجز.

وقال بعضهم وهو المذكور في الكتاب[٤] تثبت السراية بلا خلاف في الحال[٥]، لأن منكر الكتابة يقول: إنه رقيق لهما، فإذا أعتق صاحبه نصيبه ثبتت السراية بقوله، فإن قلنا: لا سراية فولاء ماعتق يكون بينهما أو ينفرد به المصدق؟ فيه وجهان:

وجه الأول: أنه عُتِقَ بحكم كتابة الأب.

ووجه الثاني: وهو الأشبه أن المنكر أبطل حقه بالإنكار، فيسلم[٦] للمصدق النصف، كما لو ادعى وارثان ديناً وأقاما شاهداً وحلف أحدهما معه، ولم يحلف الآخر يأخذ الحالف نصفه، ويسلم له.

---

(١) في: ب، ز، ظ. "عليها".

(٢) انظر: التهذيب ٤٣٦/٨، والروضة ٢٤٢/١٢.

(٣) انظر: الهداية ٢٦٦/٣.

(٤) انظر: الوجيز ٢٨٧/٢.

(٥) من قوله: "ولا يجيء القول الآخر ... في الحال" ليست في: ب.

(٦) في: أ "ويسلم".

فإذا جعلناه بينهما، فلو مات هذا العبد ونصفه رقيق، وقلنا: إن مثله يورث، فتوقف حصته المنكر.

وإن قلنا: بالسراية فولاء النصف الذي سرى العتق إليه للمعتق، وفي ولاء النصف الأول الوجهان.

ولو أبرأه المصدق عن نصيبه من النجوم، فالظاهر أنه لا سراية، لأن منكر الكتابة لا يعترف بعتق[١] نصيبه ويعد الإبراء لغواً.

قال الإمام: ويجيء مع هذا الخلاف في السراية، لأن قول المصدق مقبول في نصيبه، فإذا أتى بما يقتضي العتق، فالسراية بعده قهرية لا ترتبط[٢] بالرضا، وإن أدى نصيب المصدق من النجوم فلا سراية.

قال الإمام، وصاحب الكتاب رحمهما الله: لأنه مجبر على القبول لا محيص له عنه.

وقال غيرهما، لأنه عتق بحكم كتابة الأب، ولا سراية على الميت، فصار كما لو أقر أحد الابنين بأن أباهما أعتق هذا العبد، وأنكر الآخر يعتق نصيب المقر، ولا يسري، وولاء ما عتق بالأداء بينهما، أو للمصدق خاصة فيه الوجهان.

ولو عجزه المصدق عاد[٣] قناً والكسب الذي في يده يكون للمصدق، لأن المكذب قد أخذ حصته فلو اختلفا في شيء من أكسابه، فقال المصدق: اكتسبته بعد الكتابة، وقد أخذت نصيبك، فهو لي، وقال المكذب: بل قبلها وكان للأب فهو بيننا، فالمصدق المصدق، لأن الأصل أنه لم يكتسب قبل الكتابة.

(قال [الغزالي]: الخامسة: إذا قبض النجوم فوجدها ناقصة فله ردها، ورد العتق إذ تبين أنه لم يحصل أو حصل حصولاً غير مستقر بحسب العوض، فإن[٤] رضي

---

(١) في: أ "عتق".

(٢) في: أ "لا تربط".

(٣) في: ز "صار".

(٤) في: ب ، ز "فإن".

استمر العتق، ولكن من حين الرضاء أو من حين القبض؟ فيه وجهان.

ولو اطلع على النقصان بعد تلف النجوم جاز له رد العتق إلى أن يسلم الأرش، فإن عجز كان له الإرقاق، والفسخ كالعجز ببعض النجوم).

[المسألة الخامسة: إذا قبض النجوم وجدها ناقصة]

[قال الرافعي] نذكر في ابتداء المسألة أصلين.

أحدهما: أن العوض في الكتابة لا يكون إلا ديناً في الذمة ويجوز أن يكون نقداً، وأن يكون عوضاً موصوفاً.

والثاني: مستحق الدين في ذمة الغير إذا استوفاه فلم يجده على الصفة المشروطة، فله رده وطلب ما استحقه ولا يرتفع العقد، ثم إن كان المقبوض من غير جنس حقه لم يملكه إلا أن يعتاض حيث يجوز الاعتياض.

وإن اطلع على عيب به، فينظر إن رضي به فهل نقول: ملكه بالرضا، أو نقول ملكه بالقبض، وتأكد الملك بالرضا؟ فيه قولان.

وإن [1] رده فهل نقول ملكه بالقبض ثم انتقض الملك بالرد أو نقول: إذا رد تبين أنه لم يملكه؟ فيه قولان. ويبنى على هذا الخلاف مسائل لعلها قد سبقت.

منها: أن عقد الصرف إذا ورد على موصوف في الذمة وجرى[2] التقايض وتفرقا ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً[3] ورده، فإن قلنا: إنه ملك بالقبض صح العقد.

وإن قلنا: تبين بأنه لم يملك فالعقد فاسدٌ لأنهما تفرقا قبل التقابض.

ومنها مسألة إذا أسلم في جارية وقبض جارية، فوجد بها عيباً، وردها فهل على المسلم[4] إليه استبراء هذه الجارية؟ يبنى على هذا الخلاف.

---

(١) في: أ "إن".
(٢) في: ب "ثم جرى".
(٣) في: أ "عينا".
(٤) في: ز "للمسلم".

ومنها: قال الإمام الموصوف المقبوض إذا وجد معيباً، فإن قلنا: إنه يملكه بالرضا فلا شك أن الرد ليس على الفور والملك موقوف على الرضا.

وإن قلنا: يحصل الملك عند القبض فيجوز أن يقال: الرد على الفور، كما في شراء الأعيان.

والأوجه: المنع، لأنه ليس معقوداً عليه، وإنما يثبت الفور فيما يؤدي رده إلى رفع العقد، إبقاءً للعقد.

إذا عرف ذلك، فإذا[١] وجد السيد ببعض النجوم المقبوضة أو جميعها عيباً فله الخيار بين أن يرضى به وبين أن يرده، ويطالب ببدله، ولا فرق بين العيب اليسير والفاحش خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله في اليسير[٢]، فإن كان العيب في النجم الأخير الذي يتعلق به العتق، فإما أن يرضى[٣] به أو يريد الرد، فإن رضي به فالعتق نافذ لامحالة، ويجعل رضاه بالمعيب كالإبراء عن بعض الحق، ولكن يحصل العتق عند الرضا، أو نقول[٤]: حصل من وقت القبض.

فيه وجهان ويشبه أن يرجح الثاني، وبه قال: أبو إسحق وصاحب "التقريب" وغيرهما.

وإن أراد الرد والاستبدال، فإن قلنا: يتبين بالرد أنّ الملك لم يحصل بالقبض، فالعتق غير حاصل، فإن أدى على الصفة المستحقة بعد ذلك فحينئذ يحصل العتق.

وإن قلنا: يحصل الملك في المقبوض وبالرد يرتفع، فوجهان.

أحدهما[٥]: أن العتق كان حاصلاً، إلا أنه كان بصفة الجواز، فإذا رد العوض ارتد.

---

(١) في: ب "فلو".
(٢) انظر: الهداية ٢٥٦/٢.
(٣) في: أ "رضي".
(٤) في: أ "يقول".
(٥) انظر: الوسيط ٥٢١/٧، والروضة ٢٤٦/١٢.

وأصحهما: أنه يتبين أن العتق لم يحصل إذ ليس العتق من التصرفات التي يتطرق النقص[١] إليها، فلو حصل لما ارتفع، ولا يثبت العتق بصفة اللزوم بإتفاق الأصحاب.

وعن أحمد رحمه الله[٢]: أنه يثبت ولا يبطل العتق برد العوض.

واحتج الأصحاب رحمهم الله: بأن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي، فوجب أن يفسخ بالعيب كالبيع.

ولو تلف عند السيد ما قبضه، ثم عرف أنه كان عيباً فقد قدم الإمام عليه: أنه إن اتفق ذلك في عين[٣] فإن رضي فالذي يدل عليه فحوى كلام الأئمة رحمهم الله: أن الرضا كافٍ، ولا حاجة إلى إنشاء إبراء.

ووجهه: أن الأرش كالعوض، عن حق الرد، والرد يكفي في سقوطه الرضا فكذا الأرش، فإن طلبه تقرر، ولم يسقط إلا بالإسقاط.

وأما النجوم، فإن رضي فالعتق نافذ، ويعود الوجهان في أنه يحصل عند الرضا، ويستند إلى القبض.

وإن طلب الأرش فتبين أن العتق لم يحصل، فإذا أدى الأرش حصل حينئذ، وإن عجز فللسيد إرقاقه كما لو عجز ببعض النجوم، ويجيء الوجه الآخر، وهو: أنه يرتفع العقد بعد حصوله، ويوافقه لفظ صاحب[٤] "الشامل" حيث قال: ويعود حكم الرق في العبد حتى يؤديه، والأول هو المذكور في "الوسيط"[٥]. وقوله في الكتاب "ههنا جاز له رد العتق إلى أن يسلم الأرش" محمول عليه وتأويله أن له أن يتوسل إلى الحكم بانتفائه أصلاً أو ما أشبه ذلك وما الأرش؟ فيه وجهان.

أحدهما: ما ينتقص من قيمة رقبة العبد بحسب نقصان العيب من قيمة النجوم على ماهو قياس المعاوضات.

---

(١) في: أ "النقض".

(٢) انظر: المغني ١٤/٥١٤.

(٣) في: ز "في عين اشتراها".

(٤) "صاحب" ليست في: أ.

(٥) انظر: الوسيط ٧/٥٢١.

وهذا ما أورده أبوالفرج السرخسي رحمه الله.

والثاني: ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب.

ووجه بأن المقبوض عن الملتزم في الذمة ليس ركناً في العقد، ولذلك لا يرتد العقد برده، فلا يسترد في مقابلة نقصانه جزءٌ من المعوض كما لا يسترد المعوض إذا كان باقياً فيرد بالعيب.

وهذا ما نقل القاضي الروياني رحمه الله رجحانه وأجرى الوجهان في كل عقد، ورد على موصوف في الذمة.

قال الإمام: وأمثل منهما أن يقال: يُغرم السيد ما قبض ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة.

وقوله في الكتاب "فوجدها ناقصة" يريد به النقصان بالعيب.

فأما إذا ظهر نقصان في الكيل والوزن، فالعتق غير حاصل بلا خلاف، سواء بقي المقبوض في يد السيد، أو تلف، فإن رضي بالناقص، فيعتق حينئذ بالإبراء عن الباقي.

وقوله "ورد العتق" يريد رفع الحكم بالعتق، أو غيره كما ينتظم على قولنا: إنه ما حصل العتق، وعلى قولنا: إنه حصل، ثم[1] ارتفع ألا تراه[2] قال: أنه[3] إذا تبين أنه لم يحصل أو حصل حصولاً غير مستقر[4] بحسب العوض، أي حصل غير لازم موقوفاً حاله على تبين حال العوض سلامةً وتعيباً.

(قال [الغزالي]: السادسة: إذا خرجت[5] النجوم مستحقة[6] تبين أن لا عتق، فلو قال له عند القبض: اذهب فأنت حرٌ أو عتقت[7]. فالصحيح أنه لا يؤاخذ به كما

---

(١) "ثم" ليست في: أ.

(٢) في: ز "ألا ترى".

(٣) "أنه" ليست في: أ.ب.

(٤) في: ز "مستيقن".

(٥) في: أ، ب، ظ "خرج".

(٦) في: أ، ظ "مستحقاً".

(٧) في: أ "أعتقت" وليست في: ز.

أن للمشتري الرجوع بالثمن على الصحيح إذا خرج المبيع مستحقاً، وإن كان قد ادعى الملك للبائع، لأن قوله كان بناء على الظاهر، ويلزم على هذا أن من أقر بالطلاق، ثم قال: كنت أطلقت لفظة ظننتها طلاقاً، ثم راجعت المفتي فأخبرني بأنه لاينفذ أنه يقبل[١]، وقد قيل به، وكذا في العتق).

[المسألة السادسة: إذا خرجت النجوم مستحقة]

[قال الرافعي]: إذا خرج بعض النجوم أو جميعها[٢] مستحقاً تبين أنه[٣] لاعتق بموت، لأن الأداء لم يصح.

وإن ظهر الاستحقاق بعد موت المكاتب بان أنه مات رقيقاً، وأن ما تركه للسيد دون الورثة.

ولو قال السيد عند الأخذ: اذهب فأنت حر أو فقد عتقت، ثم تبين الاستحقاق ففيه وجهان.

أحدهما: أنه يحكم بالحرية مؤاخذة له بإقراره.

وأصحهما: وقد نص عليه[٤] أنه لا يؤاخذ به، ويحمل قوله على ظاهر الحال وهو صحة الأداء.

والوجهان كالوجهين فيما إذا خرج المبيع مستحقاً، وكان قد قال في مخاصمة المدعي: إنه كان ملكاً لفلان إلى أن ابتعته منه، أنه[٥]: هل يرجع بالثمن على بائعه؟ واقتصر صاحب "التهذيب" على إيراد الوجه الأصح في المسألتين ثم قال "ولو اختلفا فقال المكاتب أعتقتني بقولك: أنت حر، وقال السيد أردت أنك حرٌ بما أديت، وبان أنه لم يصح الأداء فالقول قول السيد مع يمينه"[٦].

---

(١) في: ز "يقبله".

(٢) في: أ "جميعه".

(٣) في: ز،ظ "أن".

(٤) انظر: الأم ٧٧/٨. وانظر: الوسيط ٥٢١/٧، والروضة ٢٤٧/١٢.

(٥) في: أ "وأنه".

(٦) انظر: التهذيب ٤٣٠/٨.

وهذا السياق يدل على أن مطلق كلام السيد محمول على أنه حرٌ بما أدى، وإن لم يخبر عن إرادته.

وذكر الصيدلاني رحمه الله: أن قياس تصديق السيد في المسألة: أنه لو قيل لرجل طلقت امرأتك؟ فقال: نعم طلقتها ثم قال: إنما قلت ذلك على ظن أن اللفظ الذي جرى بيننا طلاق ثم راجعت المفتيين فقالوا: لا يقع بها شيء وقالت المرأة: بل أردت إنشاء الطلاق أو الإقرار بطلاق آخر أنه يقبل قوله مع يمينه.

وكذا الحكم في مثله في العتق، وهذا[١] قد ذكره غيره، ونقله القاضي الروياني و لم يعترض عليه.

لكن قال الإمام: هذا عندي وهمٌ وغلطٌ فإن الإقرار جرى بصريح الطلاق، فقبول قوله بناء على مايدعيه.

ويتعارض فيه صِدقةٌ وكذبه محالٌ.

ولو فتح هذا الباب لما استقر إقرار المقر به، وليس ذلك كإطلاق لفظ الحرية على أثر قبض النجوم، فإنه محمول على الإخبار عما يقتضيه القبض.

وفي مسألة الطلاق لم توجد الإشارة إلى واقعة ولفظه، وإنما وجد سؤال مطلق، وجواب مطلق.

واعلم أن في كلام الإمام إشعاراً[٢] بأن قوله: أنت حرٌ إنما يقبل تنزيله على الحرية بموجب القبض إذا رتبه على القبض، كما صور في الكتاب فقال: فلو [٣] قال: له عند القبض: إذهب فأنت حر.

وإن في مسألة الطلاق لو وجدت قرينة عند الإقرار، بأن كانا يتخاصمان في لفظة "أطلقها" فقال ذلك ثم أبدى التأويل المذكور، يقبل أيضاً، فإن في الصورتين لو انفصل قوله عن القرائن، لم يقبل التأويل.

---

(١) في: أ "وهذا مذكور قد ذكره".

(٢) في: أ "إشارتان".

(٣) في: أ "ولو".

وهذا تفصيل[١] قويم لا بأس بالأخذ به.

لكن قال في "الوسيط"[٢] لافرق بين أن يكون قوله[٣] أنت حر جواباً عن سؤالٍ حريته أو ابتداء، وبين أن يكون متصلاً بقبض النجوم، أو غير متصل، لشمول العذر، ومال لذلك[٤] إلى قبول التأويل في الإقرار بالطلاق وغيره.

---

(١) في: ب "التفصيل".

(٢) انظر: الوسيط ٥٢٢/٧.

(٣) "أن يكون قوله" ليست في: أ، ب.

(٤) "ومال لذلك" هكذا في جميع النسخ، وكذلك في الروضة ٢٤٨/١٢.

[الحكم الثاني: حكم الأداء]

(قال [الغزالي] الحكم الثاني: حكم الأداء وفيه سبع مسائل.

الأولى: أنه يجب الإيتاء بحط شيء من النجوم، أو بذل شيء من النجوم، ولا يجب في الكتابة الفاسدة على الأظهر، ولا يجب في الإعتاق وبعوض، ولا في بيع العبد من نفسه ولا في الإعتاق مجاناً وفي وجوب تقديمه على وقت العتق وجهان، ويكفي أقل ما يمول، وقيل: بل ما يليق بالحال إلا أن يموت[١] قبل الإيتاء فتكون الزيادة في التركة كوصية يُضارب به[٢] الوصايا لا كدين، ولو بقي من النجوم قدرٌ[٣] لا يقبل في الإيتاء أقل منه إذا قلنا يجب أكثر مما[٤] يتمول فليس للسيد تعجيزه، ولا يحصل التقاص، لأن الإيتاء يجوز من غير مال الكتابة، ولكن ينبغي أن يكون من جنسه فلو عدل إلى غير جنسه، ففيه وجه: أنه لايجوز تعبداً كما في الزكاة).

[الفصل الثاني: حكم إيتاء المكاتب]

[قال الرافعي]: يجب على السيد إيتاء المكاتب، لقوله تعالى ﴿**وآتوهم من مال الله الذي آتاكم**﴾[٥].

وذهب أبوحنيفة[٦] ومالك[٧] إلى أن الإيتاء مستحب وليس بواجب[٨].

واختاره القاضي الروياني رحمه الله في "الحلية" والإيتاء بأن يحط عنه شيئاً من النجوم أو يبذل شيئاً ويأخذ النجوم.

---

(١) في: أ ، ب "إلا أن يكون قد مات".

(٢) مكرر: في أ "به" وفي ب "مع" وهو خطأ.

(٣) في: أ "إلا".

(٤) في: أ "ما".

(٥) سورة النور آية ٣٣.

(٦) انظر: الهداية ٢٥٣/٣.

(٧) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٦.

(٨) انظر:الحاوي ١٦٣/٢٢، والمهذب ١٨/٢، والوسيط ٥٢٢/٧، الروضة ٢٤٩/١٢، ومغني المحتاج ٥٢١/٤.

أما الثاني: فظاهر فإن البذل إيتاء، وهو المأمور به في الآية.

وأما الحط فقد روي ذلك عن الصحابة رضي الله عنهم قولاً وفعلاً منهم: علي وابن عمر رضي الله عنهم.

وحكى خلافٌ عن الأصحاب رحمهم الله: في أن الأصل في الإيتاء البذل والحطُّ بدلٌ عنه أو الأمر بالعكس.

وجه الأول: أن ظاهر الآية يشعر به.

ووجه الثاني: أن المقصود إعانته ليعتق، والإعانة في الحط محققة، وفي البذل موهومة، فإنه قد ينفق المال في جهة أخرى.

وهذا أظهر، ويحكى عن نصه رضي الله عنه في "الأم"[1] ولذلك يقول الحط أولى من البذل.

[المسألة الأولى: محل الإيتاء]

ثم في الإيتاء مسائل:

إحداها: في محل الإيتاء[2] وهو الكتابة الصحيحة.

وفي وجوبه في الفاسدة وجهان

أظهرهما: المنع وبناهما بعضهم على أن الأصل الحط أو البذل، إن قلنا بالأول، لم يجب، فإن النجوم غير ثابتة فيها حتى يجب الحط.

وإذا لم يثبت الأصل لم يثبت البدل، وهو البذل.

وإن قلنا: الأصل البذل، فلا يمنع إيجاب شيء على السيد تشبيهاً للكتابة الفاسدة بالصحيحة، كما شابهتها في حصول العتق وغيره.

وإذا أوجبنا فيها الإيتاء فمن قضاياها استحقاق السيد قيمة الرقية فلو حط شيئاً منها عن جهة الإيتاء كفى.

---

(١) انظر: الأم ٣٣/٨.

(٢) انظر: الوسيط ٥٢٣/٧، والروضة ٢٤٩/١٢، ونهاية المحتاج ٣٨٦/٨.

ومن أعتق عبده على عوض أو باعه من نفسه فلا إيتاء عليه في ظاهر المذهب، وهو المذكور في الكتاب.

وعن رواية الشيخ أبي محمد وجه: أنه يجب الإيتاء في كل عقد عتاقه على عوض، ولا خلاف في أنه لايجب في الاعتاق بغير عوض.

[المسألة الثانية: في وقت الإيتاء، ومتى يجب؟]

والثانية: في وقته: ومتى يجب؟ فيه وجهان:

أحدهما: بعد العتق ليكون بلغه له كما تجب المتعة بعد الطلاق.

وأصحهما[1]: وبه قال أبو إسحاق رحمه الله: أنه يجب قبل العتق ليستعين به على تحصيل العتق كما يدفع إليه منهم الرقاب قبل العتق، وعلى هذا فإنما يتعين في النجم الأخير.

وأما[2] وقت الجواز: فمن أول عقد الكتابة، ويجوز بعد الأداء، وحصول العتق أيضاً ولكن سبيله سبيل القضاء إذا أوجبنا التقديم على العتق.

وفي طريقة الصيدلاني رحمه الله: نقل وجه: أنه لايجوز الإيتاء مما قبل النجم الأخير، بل يجب أن يحط منه ليترتب[3] عليه العتق أو يؤتيه بعد العتق ليحصل التمليك الكامل، وقد يشعر قوله في الكتاب "وفي وجوب تقديمه على وقت العتق" وجهان. فإن إذا لم نوجب التقديم يجوز التقديم والتأخير جميعاً.

ومنهم من يشعر إيراده بوجوب التأخير كما قدمنا.

[المسألة الثالثة: في قدر الإيتاء]

والثالثة: في قدره، وفيه وجهان.

أصحهما: وهو في المنصوص في "الأم"[4] أنه لا يقدر، بل يكفي ما يتمول ويقع

---

(١) انظر: الوسيط ٥٢٣/٧، والروضة ٢٤٩/١٢.

(٢) في: أ "ما".

(٣) في: ب "ليرتب".

(٤) انظر: الأم ٣٣/٨، وانظر: الوسيط ٥٢٣/٧، والروضة ٢٤٩/١٢.

عليه الاسم، لأنه لم يرد فيه تقدير.

وقوله "من مال الله" يتناول القليل، والكثير.

والثاني: ويحكى عن أبي إسحق رحمه الله: أنه ينبغي أن يكون قدراً يليق بالحال، ويستعين به على العتق، دون القليل الذي لا وقع له.

وعلى هذا فيختلف الحال بقلة المال، وكثرته فإن لم يتفقا على شيء قدره الحاكم بالاجتهاد، وينظر فيه إلى قوة العبد، واكتسابه.

وعن رواية ابن القطان رحمه الله وجه: أنه يعتبر حال السيد في اليسار، والإعسار.

وعن الإصطخري: أنه يحتمل أن يقدر بربع العشر، والمستحب قدر الربع، روى ذلك عن علي رضي الله عنه.

وفي وجه ضعيف الثلث، فإن لم تسمح نفسه بذلك، فالسبع محبوب، لما روى أن ابن عمر رضي الله عنهما كاتب عبداً له بخمسة وثلاثين ألف درهم، وحط عنه خمسة آلاف"[١] وخمسة سبعُ خمسةٍ وثلاثين.

قال في "الوسيط"[٢] وكان السُبع إلى العشر لائق.

[المسألة الرابعة: في جنس الإيتاء]

والرابعة في جنسه والإيتاء بالحط لا يكون إلا من عين مال الكتابة، وأما البذل، فإن كان المبذول من[٣] جنس مال الكتابة كبذل الدراهم عن الدنانير، ولا يلزم المكاتب قبوله لقوله تعالى ﴿**وآتواهم من مال الله الذي آتاكم**﴾ يريد مال الكتابة.

قال الإمام: ووجدت في كلام بعض الأئمة مايدل على أن غير الجنس مجزيٌ.

---

(١) الأثر: رواه مالك في الموطأ ٧٨٨/٢، من كتاب المكاتب، باب القضاء في المكاتب. وأخرجه البيهقي ٥٥٥/١٠، من كتاب المكاتب، باب ماجاء في تفسير قوله عز وجل "وآتوهم من مال الله الذي آتاكم" وانظر: التلخيص الحبير ٢١٦/٤.

(٢) انظر: المصدر السابق.

(٣) في: ج "لا من".

وقوله في الكتابة "ففيه وجه: أنه لايجوز تعبداً كما في الزكاة" يشير إلى ترجيح الجواز.

وقد صرح به في "الوسيط".

والظاهر الذي أورده الأكثرون: المنع.

والمقصود من الجواز، وعدمه، أنه هل يجبر المكاتب على قبوله أولاً يجبر؟ فأما إذا رضي المكاتب بغير الجنس فيجوز لا محالة نص عليه، فإن الكتابة من قبيل المعاملات، فلا يُنحى بها نحو العبادات على أن الإمام قال: إذا منعنا نقل الصدقة وانحصر المستحقون فقد نقول: إن لهم أن يعتاضوا عروضاً عن حقوقهم، ولو كان المبذول من غير مال الكتابة، ولكن من جنسه فهل عليه القبول؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا. لظاهر الآية والأظهر[1]: هو المذكور في الكتاب، نعم كما في الزكاة، ولأن المقصود الإعانة وهي حاصلة.

وفي الفصل وراء ما أوردناه فرعان:

أحدهما: إذا مات السيد بعد أخذ النجوم، وقبل الإيتاء فعلى الورثة الإيتاء، فإن كانوا صغاراً تولاه الذي يلي أمرهم، ثم لا يخلو، إما أن يكون[2] مال الكتابة أو بعضه باقياً بحاله، أو لم يكن، إن[3] كان باقياً فيوخذ القدر الواجب منه، ولا يزاحم المكاتب فيه أرباب الديون، ولا أرباب الوصايا، لأن حقه في عينه، أو هو[4] كالمرهون بحقه، هكذا ذكره القفال، وحكاه القاضي ابن كج عن نصه رضي الله عنه في "المبسوط" وإن لم يكن باقياً فعن أبي اسحق وغيره وجه: أن واجب الإيتاء لكونه غير مقدر ضعيف، فيؤخر عن الديون[5]، ويجعل في مرتبة "الوصايا".

---

(١) انظر: الوسيط ٥٢٣/٧، والروضة ٢٤٩/١٢.

(٢) في: أ ، ب، ز "كان". وهو خطأ لا يستقيم به المعنى.

(٣) في: ز "لم يكن باقياً".

(٤) "هو" ليست في: أ.

(٥) في: ب "الدين".

وذكر وجه آخر: أن على قولنا: إن القاضي يقدره باجتهاده، فقدره بأقل ما يتمول منه في مرتبة الديون، والزيادة عليه في مرتبة الوصايا لضعفه، وهذا ما أورده في الكتاب مستثنى عن قولنا: إن الواجب مايقدره القاضي، ويليق بالحال فقال "إلا أن يموت قبل الإيتاء" إلى آخره.

وكأن من قال به يقول: الزيادة على أقل ما يتمول لا يليق بحال الميت، لأنه معسر.

وظاهر المذهب: أن ما نحكم بوجوبه على اختلاف الوجهين كسائر الديون يقدم على الوصايا، فإن أوصى بزيادة على الواجب فتلك الزيادة من الوصايا.

واعلم أن الحكاية عن نص الشافعي رضي الله عنه في "المختصر" أن المكاتب يحاص بالذي له أهل الديون والوصايا.

واعترض المزني وقال "يلزمه أن يقدمه على الوصايا"[(١)]

وكيف يحاص الفريقين والديون مقدمة على الوصايا، فإن حاص أهل الديون، يقدم على الوصايا وإن حاص على أهل الوصايا تقدمت الديون عليه.

واختلف الأصحاب في الجواب على وجوه.

أحدها: أن الكاتب غلط وإنما قال الشافعي رضي الله عنه يحاص أهل الديون دون الوصايا[(٢)].

والثاني: عن ابن سريج رحمه الله: تنزيل النص على ما إذا أوصى أن يكون الإيتاء والديون من الثلث، وكان الثلث يحتملهما، والوصايا أيضاً فيتحاصون جميعاً في الثلث.

والثالث: تنزيله على ما إذا قدر القاضي شيئاً باجتهاده فيحاص أرباب الديون بأقل ما يتمول منه، وأرباب الوصايا بالزيادة، وهو الوجه الذي قدمناه.

---

(١) انظر: المختصر ص ٣٢٤. "وتحاصّ الغرماء اقتسموا المال بينهم حصصاً ذكره في المصباح المنير ١٣٩/١.

(٢) في: ز "دون أهل الوصايا".

والرابع: تنزيله على ما إذا أوصى السيد بزيادة على القدر الواجب فيحاص أرباب الديون بالواجب، وأرباب الوصايا بالزيادة.

وبهذا قال ابن خيران، وشبه ذلك بما إذا أوصى بأن يحج عنه بالحجة الواجبة[١] من بلدة فقدر أجرة الحج من الميقات من رأس المال، والزيادة تعتبر من الثلث.

الفرع الثاني: إذا لم يبق من النجوم إلا القدر الواجب في الإيتاء، فلا يسقط، ولا يحصل التقاص، لأنا وإن جعلنا الحط أصلاً فللسيد أن يؤتيه بدلاً عنه، ولا يجوز للسيد تعجيزه، فإن عليه مثله، ولكن يرفعه المكاتب إلى الحاكم حتى يرى[٢] رأيه، ويفصل الأمر بينهما.

وإن جعلنا الإيتاء أصلاً، فعن القاضي الحسين، رحمه الله أن له تعجيزه بالباقي إذا لم يجده، وإذا عجزه سقط الإيتاء وارتفع العقد من أصله.

قال الإمام: وهذا عندي غير صحيح وإنما شرع الإيتاء لئلا يعجز العبد بقدره ولا يفوت العتق.

وليعلم ما ذكرنا قوله في الكتاب "فليس للسيد تعجيزه" بالواو.

فرع: إذا قلنا يجتهد القاضي في القدر.

فقد قال الإمام: ما يستيقن أنه لا وقع له بالإضافة إلى مال الكتابة فهو غير كاف، وما يستقن أن له وقعاً فهو كاف. وإذا تردد فقدر[٣] التردد[٤] يتعارض فيه أصلان.

أحدهما: براءة ذمة السيد.

والثاني: بقاء الأمر بالإيتاء، ويلتحق بأطراف تقابل الأصلين[٥]. والله أعلم.

---

(١) في: أ "الحجة" وفي: ز "والحجة واجبة".
(٢) في: ز "ليرى".
(٣) في: ب "فقد".
(٤) في: ظ "المتردد".
(٥) في: ظ "المتردد".

(قال [الغزالي] الثانية: لو عجل النجوم قبل المحل أجبر على القبول، كما لو عجل دينا به رهن، وفي سائر الديون وجهان.

وإن كان على السيد ضرر أو كان[1] وقت غارة لم يجبر، فإن كان العقد أنشيء[2] في وقت الغارة فوجهان، ولو كان غائباً قبض القاضي عنه، ولو قال لا اخذ فإنه حر ام أجبر على القبول والقول قول المكاتب، ولكن هل ينتزع من يده بعد القبول لأجل إقراره؟ فيه وجهان.

أحدهما: أنه ينتزع ويحفظ في بيت المال أو يسلم إلى مالكه إن أقر لمالك معين، وإن قلنا لاينتزع، فالصحيح أنه يقبل رجوعه وينفذ تصرفه إذا كذب نفسه.

ولو قال السيد: إن عجلت بعض النجوم فقد أبرأتك عن الباقي، لم يصح الإبراء، ولو عجل البعض بشرط الإبراء لم يصح الأداء، فإن وفىَّ السيد وأبرأ فهل ينقلب القبض صحيحاً بالرضى السابق[3] المعلق على الأداء؟ فيه قولان: ولو أنشأ رضى جديداً فلا شك أنه ينقلب صحيحاً من حينه، لأن دوام القبض كابتدائه).

[المسألة الثانية: تعجيل النجوم قبل حلولها]

[قال الرافعي]: في المسألة قواعد يتلوها فروع[4] إحدى القواعد: إذا عجل المكاتب النجوم قبل المحل، نظر: إن لم يلحق السيد ضرر في القبول أجبر عليه، لأن للمكاتب غرضاً ظاهراً فيه، وهو تنجيز العتق، أو تقريبه، ولا ضرر على السيد في القبول، ولأن الأجل حق من عليه الدين، فإذا أسقطه ينبغي أن يسقط، وقد ورد فيه الأثر عن عمر رضي ا لله عنه[5].

وفيها ثلاثة قواعد: الأولى: تعجيل النجوم قبل حلولها

---

(١) في: ز "في وقت".

(٢) في أ "نشيء"

(٣) "السابق" ليست في ز.

(٤) في: أ، ب "فرع".

(٥) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٧/٤ "روى عن عمر: إجبار السيد فيما إذا عجل المكاتب النجوم قبل المحل.
الدارقطني من طريق سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال: "اشترتني امرأة من بني ليث، فذكر قصته مع عمر في إلزامها بأخذ مال الكتابة منه معجلاً".

=

وإن لحق السيد ضرر، بأن كان لا يبقى بحاله إلى وقت الحلول كالطعام الرطب، أو كان تلزمه مؤنة كعلف الحيوان وما يحتاج إليه للحفظ، أو كان في أيام فتنة، أو غارة فلا يجبر على القبول.

نعم، لو أنشئ العقد في وقت الفتنة والغارة ففيه وجهان:

أحدهما: يجبر لاستواء الحالتين[1] كما استويا في الأمن.

وأصحهما المنع، لأنها قد تزول عند المحل.

ولو أتى بالنجوم في غير بلد العقد، فإن كان في النقل مؤنة أو كان الطريق أو ذلك البلد مخوفاً لم يجبر على القبول، وإلا فيجبر، وقوله في الكتاب "وفي سائر الديون المؤجلة وجهان" لا يمكن حمله على ما سوى النجوم مطلقاً، وكيف وقد ذكر أنه لو عجل ديناً به رهن يجبر على القبول، كفك الرهن، وقد سبق ذلك في باب "السلم" وبينا هناك[2] أنه إذا لم يكن للمعجل غرض سوى براءة الذمة، ففي إجبار المستحق على القبول قولان :

أظهرهما[3]: الإجبار فليحمل قوله "وفي سائر الديون المؤجلة على ذلك" أي

= وانظر: الدارقطني ١٢٢/٤، من كتاب المكاتب.

ثم أورد الآتي: "قوله: اشترتني امرأة" الحديث في إسناده عبد الله بن عبد العزيز بن عبدالله بن عامر الليثي وهو ضعيف، واختلط بآخره، كذا في التقريب، وقال البخاري: هو منكر الحديث، وكان مالك يرضاه كذا في الخلاصة وأخرج البخاري تعليقاً ولفظه. قال روح عن ابن جريج، قلت لعطاء: "أواجب عليَّ إذا علمت له مالاً أن أكاتبه؟ قال ما أراه إلا واجباً، وقاله عمرو بن دينار، فقلت لعطاء، أتوثره عن أحد؟ قال: لا، ثم أخبرني أن موسى بن أنس أن ابن سيرين سأل أنساً المكاتبة، وكان كثير المال، فأبى فانطلق إلى عمر رضي الله عنه فقال: كاتبه، فأبى فضربه بالدرة ويتلو عمر "فكاتبوهم إن علمت فيهم خيراً" فكاتبه.

قال الحافظ: هذا الأثر وصله إسماعيل القاضي في أحكام القرآن، قال: حدثنا علي بن المديني، حدثنا روح بن عبادة بهذا، وكذلك أخرجه عبد العزيز والشافعي من وجهين آخرين، وعن ابن جريج. انتهى" ذكره في التعليق المغني على الدارقطني ١٢٢/٤.

(١) في: أ "الحالين".

(٢) "وبينا هناك" ليست في: ز. وانظر: الوجيز ١٥٧/١، ١٥٨.

(٣) "أظهرهما" ليست في: أ.

الديون التي لا يتعلق بتعجيلها غرضُ عتق وفكُ رهن وغيرهما.

القاعدة الثانية: إذا أتى المكاتب بالنجم في محله والسيد غائب

الثانية: إذا أتى المكاتب[1] بالنجم في محله والسيد غائب فيقبض القاضي[2] عنه، وكذا يقبض عنه إذا امتنع وهو حاضر ويعتق العبد.

ولو أتى بالنجم قبل المحل والسيد غائب فكذلك يقبض عنه إذا عرف أنه لا ضرر على السيد في أخذه.

قال الصيدلاني رحمه الله: وبمثله لو كان الغائب دين على آخر فأتى به الحاكم هل يقبضه للغائب؟ فيه وجهان:

أظهرهما: المنع، لأنه ليس للمؤدي غرض إلا سقوط الدين عنه، والنظر للغائب أن يترك في ذمة الملي فإنه خير من أن يصير أمانة في يد الحاكم.

القاعدة الثالثة إذا أتى المكاتب بالنجوم فقال السيد: هذا حرام أو مغصوب

الثالثة: إذا أتى المكاتب بالنجوم فقال السيد: هذا حرام أو مغصوب، نظر إن أقام على مايقوله بينة، لم يجبر على قبوله، وتسمع منه هذه البينة، لأن له في إقامتها غرضاً ظاهراً وهو الامتناع عن الحرام، هكذا أطلق كثيرون.

وقال الصيدلاني: إنما يقيم البينة إذا عيَّن له مالكاً أما إذا لم يعين فلا تتصور البينة للمجهول، ولا معنى لقولهم: إنه مغصوب.

وللمطلقين أن يقولوا: إذا كان مقصود هذه البينة الامتناع عن الحرام لم يبعد قبولها على الإطلاق، وإن لم تكن بينة فالقول قول المكاتب: إنه له منع يمينه لظاهر اليد، فإن نكل حلف السيد، وكان كما لو أقام البينة.

وعن ابن أبي هريرة رحمه الله: وجهٌ حكاه القاضي ابن كج: أن المكاتب لا يحتاج إلى البينة والمشهور الأول. ولا يثبت ببينة السيد حق المالك الذي عينهٌ، ولا يسقط بحلف المكاتب حقه.

ثم إذا حلف العبد فظاهر المذهب أنه يجبر السيد على قبوله أو أبرائه عن ذلك القدر، فإن امتنع منهما أخذ الحاكم النجوم، وعتق العبد.

---

(١) "المكاتب" ليست في: ب، ظ، ز .

(٢) "القاضي" ليست في: ب، ظ.

وقد نص الشافعي رضي ا لله عنه فيما إذا اشترى نخيلاً وأفلس، ورجع البائع في النخيل[1] وعليها ثمرة، فقال المشتري: حدثت في ملكي، وقال البائع: بل كانت على النخيل[2] يوم البيع وصدق بعض الغرماء المشتري دون بعض: أنه يصدق المشتري.

وأنه إذا حلف تدفع الثمرة[3] إلى من صدقه دون من كذبه.

فحكى الشيخ أبوحامد أن من الأصحاب/ من قال: قضية قوله: "لا تدفع الثمرة ٦٨٠/ز
إلى المكذب" أن لا يجبر السيد على القبول ههنا، وأن فيهما قولين، بالنقل والتخريج، والأكثرون امتنعوا منه.

وقالوا في الفرق: إذا دفعت الثمرة إلى من صدقه برئت ذمته عن الدين بقدرها، و لم يتضرر.

وههنا لو لم يجبر السيد على الأخذ تضرر ببقاء الرق.

ويجوز أن يعلم لما بينا قوله في الكتاب "أجبر على القبول" بالواو، واللفظة تحتاج إلى ضميمة والمعنى[4] أجبر على القبول، والإبراء عن ذلك القدر، أو أجبر على القبول إن لم يبرئ عنه.

ثم إذا أخذه السيد، نظر إن عيَّن له مالكاً أمن بتسليمه إليه مؤاخذة له بإقراره، وإن لم يقبل قوله[5] على المكاتب وأن لم يعين مالكاً واقتصر على قوله "إنه حرام" أو مغصوب أو مسروق فوجهان.

أحدهما: أنه ينتزعه[6] الحاكم، ويحفظه في بيت المال إلى أن يظهر مالكه.

وأظهرهما: المنع، فإنه لم يقر لمعين.

---

(١) في: ز "النخل".

(٢) في: ز "النخل". وانظر: الأم ٦١/٨، ٦٢.

(٣) في: ز "الثمن".

(٤) "و" ليست في: أ، ب.

(٥) في: ز "إقراره".

(٦) في: أ "ينزعه".

وذكر الروياني وغيره على هذا أنه يقال له: امسكه إلى أن يتبين صاحبه ويمنع من التصرف فيه.

ولو كذب نفسه وقال: هو للمكاتب، كما ادعاه. قال الإمام المذهب: أنه يقبل وينفذ تصرفه بحسبه.

ويجوز أن يوجه الآخر بأنه أقر بأنه حرام عليه، فلا يتمكن من الرجوع عنه.

قال: وإن قلنا: إن الحاكم يزيل يده، فالظاهر أنه لو كذب نفسه لا يقبل.

وقوله في الكتاب "فيه وجهان" أحدهما: أنه ينتزع ويحفظ في بيت المال أو يسلم إلى مالكه إن أقر لمالك معين يشعر بإثبات الخلاف في الانتزاع مع الإقرار لمعين يسلم إليه، ولا خلاف في أنه يؤمر بالتسليم إليه، لكن يجوز فرض الخلاف في أنا[1] هل ننتزعه لنسلمه إليه إذا كان غائباً مثلاً. هذه هي القواعد.

وأما الفروع[2]: فلو جاء المكاتب بالنجم عند المحل وشرط على السيد أن يبرئه فالشرط لغوٌ وللسيد أخذه ولا يلزمه الإبراء عن الباقي.

ولو عجل قبل المحل على أن يبرئه عن الباقي فأخذه وأبرأه لم يصح القبض، ولا الإبراء خلافاً لأبي حنيفة[3] وأحمد[4] رضي الله عنهما.

ولو قال السيد: أبرأتك عن كذا بشرط أن تعجل لي الباقي أو إذا عجلت كذا فقد أبرأتك عن الباقي فعجل لم يصح القبض ولا الإبراء أيضاً، وإذا لم يصحا لم يحصل العتق، وعلى السيد رد المأخوذ، هذا ظاهر المذهب[5].

وأشار المزني[6] إلى تردد قول في صحة القبض والإبراء، و لم يسلم له جمهور الأصحاب: اختلاف القول في المسألة، وحملوا التجويز على ما إذا لم يجر، شرط وابتدائه،

---

(١) في: أ "أنها".

(٢) في: أ، ب "الفرع".

(٣) انظر: الهداية ٢٥٣/٣.

(٤) انظر: المغني ٤٥٢/١٤.

(٥) قال النووي في الروضة ٢٥٣/١٢ "هذا هو المذهب"

(٦) المختصر ص ٣٢٥.

ورد صاحب الكتاب في "الوسيط"[١] تردد القول إلى أنه إذا عجل بشرط الإبـراء، ووفى السيد فأبرأ هل ينقلب القبض صحيحاً؟ ففي قول ينقلب صحيحاً، لأنه رضى بالأداء بشرط الإبراء، فإذا حصل الشرط كان القبض مرضياً به وعلى هذا جرى في الكتاب.

ولو أنشأ رضاً جديداً فقبضه عماعليه يحكم بصحته كما لو إذن للمشتري في أن يقبض ما في يده عن جهة الشراء أو للمرتهن في قبضه عن جهة الرهن.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب "لم يصح الإبـراء" مع الحاء والألف بالواو، لما أشار إليه المزني رحمه الله.

وأيضاً ففي تعليق الإبراء مطلقاً خلاف مذكور في "الضمان[٢]".

ولو أخذ السيد ما عجله المكاتب وأبرأه عن الباقي من غير شرط أو عجز العبد نفسه فأخذ السيد ما معه وأبرأه عن الباقي أو أعتقه جاز.

وذكر الشافعي رضي الله عنه مشيراً إلى حيلة تفيد حرية المكاتب بما عجله: أنه إن أحب أن يصح فليرض المكاتب بالعجز، وليرض السيد بأن يأخذ ما معه ويعتقه لكن في هذا مخاطرة على العبد، فإنه لا يؤمن أن لا يفي السيد بما وعد ويرقه ويأخذ ما في يده من الاكساب، فالطريق على ما حكى عن صاحب "الإفصاح" والأئمة: أن يقول: إذا عجزت نفسك وأديت إلي كذا فأنت حرٌ فإذا وجدت الصفتان يعتق ويكون العتق عن[٣] الكتابة.

قال في "التهذيب" لأنه لا ترتفع الكتابة بمجرد تعجيزه نفسه، وإنما ترتفع إذا فسخها بعد التعجيز، وإذا عتق عن الكتابة، كانت الأكساب[٤] له ثم يتراجعان، فيرجع العبد على السيد بما أخذه، ويرجع السيد على العبد بقيمته، لأنه أعتقه على عوض التعجيز، والمال المذكور والتعجيز لا يصلح عوضاً فكأنه أعتق على عوض فاسد.

---

(١) انظر: الوسيط ٥٢٦/٧.
(٢) انظر: الوجيز ١٥٨/١.
(٣) في: أ "على".
(٤) في: ز "الأكساب كانت الكتابة".

وقال في "الشامل" لو لم يعلق هكذا ولكن قال: إن أعطيتني كذا فأنت حرٌ فأعطاه عتق، ولكنه عوض فاسد، لأن المكاتب لا تصح المعاوضة عليه، فيعتق بالصفة، ويجب عليه تمام قيمته.

واعلم أن الإمام رحمه الله أطنب في إيراد الإشكالات في هذا الفصل وفيما أوردناه[١] ما يحصل به الانفصال عن أكثرها.

فرع: لو عجل المكاتب النجم على أن يعتقه ويبرئه عن الباقي ففعل السيد ذلك، عتق المكاتب، ورجع السيد عليه بقيمته، ويرجع المكاتب على السيد بما أداه، لأنه أعتقه بعوض فاسدٍ حكاه القاضي عن النص[٢].

(قال [الغزالي] الثالثة: لتعذر النجوم خمسة أسباب: الأول: إذا أفلس بجميعها، أو ببعضها[٣] فله فسخ الكتابة، ويسلم له ما أخذ إلا ما كان من الصدقات، فيجب ردها على مالكها، وليس هذا الفسخ على الفور بل له التأخير، ولا يلزمه الإنظار، إلا بقدر ما يخرج المال من المخزن[٤].

فإن كان ماله غائباً فله الفسخ، وإن كان له عروضٌ لا يشتري إلا في زمان فله الفسخ على الأظهر).

[المسألة الثالثة: تعذر تحصيل النجوم عند محلها]

السبب الأول الإفلاس بجميعها أو ببعضها

[قال الرافعي]: مقصود المسألة الكلام فيما إذا تعذر تحصيل النجوم عند محلها وله أسباب: منها:

الإفلاس[٥] فإذا حلَّ نجم على المكاتب، وهو عاجزٌ عن أدائه أو أداء بعضه فللسيد

---

(١) "ما" ليست في: أ، ب.

(٢) "مراده بالقاضي: هو القاضي الحسين.
والنص موجود في الأم، وعبارته: "وإن فعل هذا على أن يحدث للمكاتب عتقاً، فأحدثه له فالمكاتب حرٌ، ويرجع عليه سيده بالقيمة لأنه أعتقه ببيع فاسد كما قلت في أصل الكتابة الفاسدة" انظر: هامش العزيز ١٣/٥١٠.

(٣) في: ز في أ، "بجميعه وببعضه" وفي ب "بجميع النجوم أو بعضه" وفي ط "بجميعه أو بعضه".

(٤) في: ظ "الحرز".

(٥) انظر: الوسيط ٧/٥٢٦، والتهذيب ٨/٤٨١، والروضة ١٢/٢٥٤.

فسخ الكتابة، فإن شاء فسخ بنفسه، لأنه فسخٌ مجمع عليه كفسخ النكاح بالعتق، وإن شاء رفع الأمر إلى الحاكم ليفسخ.

وفي "تعليق الشيخ أبي حامد" رحمه الله: أنه إذا ثبت عجزه بإقراره أو بالبينة فللسيد فسخ الكتابة، ولا ينبغي أن يشترط إقراره بالعجز، ولا قيام البينة عليه، لأنا سنذكر أنه إذا امتنع عن الأداء، ثبت حق الفسخ للسيد، وإذا لم يؤد فهو ممتنعٌ إن لم يكن عاجزاً وإذا رفع الأمر إلى الحاكم فلابد من ثبوت الكتابة وحلول النجم عنده ومهما فسخت الكتابة سلم للسيد ما أخذه، لأنه كسبُ عبده، نعم ما أخذه من الصدقات فيسترد مؤديه.

وهذا قد سبق ذكره في "قسم الصدقات"[١].

ويجوز أن يعلم قولُهُ في الكتاب: "فيجب ردها" لخلاف بيناه هناك، وليس هذا الفسخ على الفور، بل له تأخيره إلى أن يشاء، كالفسخ بالإعسار[٢].

وإذا استنظره المكاتب، فيستحب له أن ينظره، ثم لا يُلزمُ الإمهال، بل له الرجوع إلى الفسخ مهما بدا له، خلافاً لأبي حنيفة[٣].

وإذا طالبه بالمال، فلا بد من الإمهال بقدر ما يخرج المال[٤] من الصندوق والدكان والمخزن، ويزن[٥]، وإن كان ماله غائباً، فقد أطلق الإمام، وصاحب الكتاب للسيد الفسخ، وليحمل على تفصيل، ذكره ابن الصباغ، وصاحب "التهذيب" وغيرهما.

---

(١) انظر: الوجيز ٢٩٤/١، والعزيز ٤٠١/٧ و ٤٠٢.

(٢) ورد بهامش العزيز ٥١١/١٣ "قال ابن أبي الدم (ت ٦٤٢هـ): هكذا قطع به الإمام ولا يبعد تخريج وجه فيه أنه على الفور من الخلاف في رجوع البائع إلى عين متاعه إذا أفلس المشتري، ويؤيده أن العراقيين ألحقوا إثبات الفسخ للسيد بفسخ البيع بالرد بالعيب وبالرجوع إلى عين السلعة في حق المفلس" أ. هـ.

(٣) الهداية ٢٦٧/٣.

(٤) في أ، ب "من المال"

(٥) "قال ابن أبي الدم: هكذا صرح الإمام وهو خلاف ما ذكره الأصحاب، فإنهم اتفقوا على أنه يمهل ثلاثة أيام" ذكره بهامش العزيز ٥١١/١٣.

وهو أنه إن(١) كان على مسافة القصر، لم يلزمه التأخير إلى أن يحضره، وإن كان له دين على إنسان، فإن كان حالاً، ومن عليه مليءٌ، وجب التأخير إلى استيفائه، كما لو كانت له وديعةٌ عند غيره، فإن كان مؤجلاً، أو على معسرٍ، فلا يجب التأخير.

وإن كان الدين على السيد وهو من جنس النجوم ففيه الخلاف في التقاص، وإن كان من غير جنسه أداه ليصرفه المكاتب إلى جنس النجوم.

ولو(٢) حل النجم وهو نقدٌ وللمكاتب عروض، فإن تأتى بيعها على الفور، فلا يفسخ السيد وتباع، وإن احتاج البيع إلى مدة لكساد وغيره فقضية ما أطلقه الصيدلاني: أنه لا يفسخ أيضاً.

ورأى الإمام جواز الفسخ، ونزّله منزلة غيبة المال، وهذا أظهر، وضبط في "التهذيب"(٣) مدة التأخير للبيع بثلاثة أيام وقال: لا يلزم أكثر من ذلك والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الثاني إذا غاب بغير إذن السيد فله الفسخ من غير حاجة إلى الرفع إلى القاضي، وإن كان بإذنه بعد المحل، فليس له الفسخ حتى يخبره أنه ندم على الإنطار، فإن قصر في الإياب فله الفسخ).

[قال الرافعي] السبب إذا حل النجم والمكاتب غائب، أو غاب بعد الحلول بغير إذن السيد، فللسيد فسخ الكتابة إن شاء بنفسه وإن شاء بالحاكم، لأن المكاتب كان ينبغي أن يحضر أو يبعث المال إليه عند المحل، ولا يجب على السيد تأخير الفسخ بكون الطريق مخوفاً أو المكاتب مريضاً. السبب الثاني إذا حل النجم والمكاتب غائب

وفيه وجهٌ وينسب إلى أبي إسحق: أنه لا يفسخ بنفسه عند العقد، بل لابد من الرفع إلى القاضي، فإنه نائب الغيب، وقد سبق ذكر هذين الوجهين فيما إذا أسر المكاتب.

والظاهر(٤) الأول: وإلي الوجه المذكور أشار بقوله في الكتاب "من غير حاجة إلى

---

(١) في: ز ، ظ "إذا ".

(٢) في: ز "فلو".

(٣) انظر: التهذيب ٤٨١/٨، وانظر: الوسيط ٥٣٦/٧، والروضة ٢٥٤/١٢.

(٤) انظر: الوسيط ٥٢٦/٧.والروضة ٢٥٤/١٢.

الرفع"[١] فإن فسخ بنفسه فليشهد عليه لئلا يكذبه المكاتب.

وإن رفع الأمر إلى الحاكم، فلا بد وأن يثبت عنده حلول النجم ويعذر التحصيل، ويحلفه الحاكم مع ذلك، لأنه قضاء على الغائب.

قال الصيدلاني: يحلفه أنه ما قبض النجوم منه، ولا من وكيله ولا أبرأه، ولا أحال به، ولا يعلم له مالاً حاضراً.

وذكر الحوالة يتفرع على جواز الحوالة بالنجوم.

ولو كان مال المكاتب الغائب حاضراً لم يرد الحاكم النجوم منه، ويمكن السيد من الفسخ، لأنه ربما عجز نفسه، لو[٢] كان حاضراً و لم يؤد المال.

ولو انظر المكاتب بعد حلول النجم، وأذِنَ له في السفر ثم بدأ له في الإنظار لم يكن له الفسخ في الحال، لأن المكاتب غير مقصر ههنا، وربما اكتسب في السفر ما يفي بالواجب[٣] ولكن يرفع السيد الأمر إلى الحاكم ويقيم البينة على الحلول والغيبة ويحلف مع ذلك، ويذكر أنه رجع عن الإنظار فيكتب الحاكم إلى حاكم بلد المكاتب ليعرفه الحال، فإن أظهر العجز، كتب به إلى حاكم بلد السيد ليفسخ إن شاء، وإن قال: أؤدي[٤] الواجب فإن كان للسيد وكيل هناك أمره[٥] بالتسليم، فإن أبى ثبت حق الفسخ للسيد، وللوكيل الفسخ أيضاً إن كان وكيلاً به.

وحكى القاضي ابن كج رحمه الله قولاً آخر: أنه لا يثبت حق الفسخ بالامتناع من التسليم الىا لوكيل لاحتمال العزل، وإن لم يكن هناك وكيل أمره الحاكم بإيصاله[٦] إليه، إما بنفسه أو بغيره، ويلزمه ذلك في أول رفقة تخرج، وفي الحال إن كان لايحتاج إلى

---

(١) انظر: الوجيز ٢/٢٨٩.

(٢) في: أ "ولو".

(٣) في: ز "يقدر الواجب".

(٤) في: ز " لا أودي.

(٥) في: أ، ب، ط "أمر".

(٦) في: أ "ما تصاله".

رفقة في ذلك الطريق، وعلى السيد الصبر إلى أن تمضي مدة إمكان الوصول، فإن مضت المدة، و لم يوصله مقصراً فللسيد الفسخ.

ويخرج مما ذكرنا أنه لا يعتبر مضى إمكان السير إلى السيد إن كان له وكيل هناك، وأنه يعتبر مضيُّها إن لم يكن وكيل، وكذلك نقله الربيع.

وعن رواية المزني: أنه لا يفسخ حتى تمضي مدة إمكان المسير سواء كان هناك وكيل أو لم يكن، وعدَّ ذلك سهواً منه.

وقوله في الكتاب "فليس له الفسخ حتى يخبره أنه ندم على الإنظار" ليس في ظاهره تعرض للرفع إلى الحاكم، ولكتاب الحاكم، لكن(١) الذي ذكره الشافعي رضي الله عنه، والأصحاب رحمهم الله: أنه لابد منه فليحمل(٢) عليه.

نعم القاضي ابن كج: لو لم يكن في بلد السيد حاكم فكتب السيد إلى العبد، وأعلم(٣) الحال، وأمره بالتسليم إلى رجل عينه فامتنع فعندي: أنه كما لو امتنع بعد كتاب القاضي إذا وقع له العلم به.

وذكر أبوالحسين فيه وجهين.

وحكى وجهين فيما لو سلم(٤) المكاتب إلى وكيل السيد وبان أن السيد عزله هل يبرأ المكاتب؟ قال: وعندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا قال الحاكم إن فلاناً وكيله و لم يأمره بالتسليم إليه، فإن أمره بالتسليم إليه فيبرأ بلا خلاف.

السبب الثالث الامتناع من أداء النجوم مع القدرة

(قال [الغزالي]: الثالث: أن يمتنع مع القدرة(٥) فله الفسخ إذ الكتابة جائزة من جانب العبد، وله أن يعجز نفسه، وأن يفسخ مهما شاء).

[قال الرافعي]: إذا امتنع العبد من أداء النجوم مع القدرة لم يجبر عليه، لأن

---

(١) في أ، ب "ولكنه".

(٢) في: ب "بل لابد" في أ، "فلابد من الحمل" وفي ب "بلى لا..".

(٣) في: ز "وأعلمه".

(٤) في: ز ، ظ "أسلم".

(٥) "مع" ليست في: أ.

الكتابة[١] جائزة من جهة[٢] العبد، فله تعجيز نفسه إذا شاء.

قال الأصحاب: وإنما كانت الكتابة جائزة من جانب العبد بخلاف جانب السيد[٣]، لأن الحظ في الكتابة للعبد فلا يتمكن السيد من إسقاط ما أثبته من الحظ والحق، وصاحب الحظ بالخيار في حقه.

وهذا كما أن الرهن جائز من جهة[٤] المرتهن، لازم من جهة الراهن، وأيضاً فالكتابة تتضمن تعليق العتق بصفة في العبد، والتعليق يلزم من جهة المعلق، والعبد لا يلزمه الإتيان بالصفة المعلق عليها.

وإذا أعجز نفسه فالسيد بالخيار، بين أن يفسخ، أو يصبر، فإذا اختار الفسخ، فله الفسخ بنفسه، ولا يحتاج إلى الرفع إلى القاضي وهل للمكاتب الفسخ؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا، إذ لا ضرر عليه في بقاء الكتابة.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: نعم. كما أن للمرتهن أن يفسخ الرهن أيضاً.

قال الإمام: تجويز الامتناع عن أداء النجوم مع أنه لا يملك الفسخ بعيد.

وقال أبو حنيفة[٥] ومالك[٦] رحمهما الله: إذا كان في يده وفاء بالنجوم، لم يجز له تعجيز نفسه، بل يجبر على الأداء.

(قال [الغزالي]: الرابع إذا جن العبد، وقلنا لا ينفسخ فله الفسخ، إلا أن يكون له مال فللقاضي أن يؤدي عنه ليعتق إن رأى المصلحة له في الحرية، وللسيد أيضاً أن يستقل بأخذ النجوم إذ تمكينه من هذا أولى من منعه، حتى يفسخ، ويأخذ المال مجانا).

---

(١) في: ز "المكاتب".

(٢) في: ز "قبل".

(٣) من قوله: "لأن الكتابة جائزة ... السيد" ليست في: ب، ظ.

(٤) في: ز "قبل".

(٥) انظر: الهداية ٣/٢٥٥.

(٦) انظر: مختصر خليل ٢٩٧.

السبب الرابع إذا جن العبد قبل أن يؤدي النجوم

[قال الرافعي]: قد مر أن الكتابة لا تنفسخ بجنون العبد، فإن حاول السيد الفسخ، فلابد وأن يأتي الحاكم فيثبت عنده الكتابة وحلول النجم ويبدي المطالبة به، ويحلفه الحاكم على بقاء الاستحقاق ثم يبحث، فإن وجد للمكاتب مالاً أداه عن الواجب عليه ليعتق، ويخالف ما إذا كان المكاتب غائباً وله مال حاضرٌ حيث قلنا: لا يؤديه عنه، وفرق بينهما بأن الغائب من أهل النظر لنفسه.

ولو كان حاضراً فربما امتنع وعجز نفسه، وربما فسخ الكتابة في غيبته.

والمجنون ليس من أهل النظر فينوب عنه الحاكم.

ثم عامة الأصحاب أطلقوا القول بأن الحاكم يؤدي عنه.

وذكر صاحب الكتاب رحمه الله ههنا وفي "الوسيط"[١] أنه يؤديه إن رأى المصلحه[٢] في الحرية، وإن رأى أنه يضيع إذا عتق فلا يؤديه، وهذا جيد لكنه قليل النفع، مع قولنا: إن السيد إذا وجد له مالاً يستقل بأخذه إلا أن يقال[٣] إن الحاكم يمنعه من الأخذ، والحالة هذه.

وإن لم يجد الحاكم له مالاً فيمكن السيد من الفسخ، فإذا افسخ عاد المكاتب قناً له[٤]، وعليه نفقته.

ثم إذا ظهر له مال أو أفاق فأتى بمال كان قد حصله قبل الفسخ دفع إلى السيد وحكم بعتقه، ونقض التعجيز هكذا أطلقوه.

وأحسن الإمام رحمه الله فقال: إن ظهر المال في يد السيد رد التعجيز وإلا فهو ماضٍ[٥]، لأنه فسخ حين تعذر عليه الوصول إلى حقه، فأشبه ما لو كان ماله غائباً فحضر بعد الفسخ.

---

(١) انظر: الوسيط ٥٢٧/٧.
(٢) في: أ، "مصلحته".
(٣) من "إن السيد ... إلا أن يقال" ليست في: ب، ظ.
(٤) "له" ليست في: ز.
(٥) في: ب "ناقد".

وإذا حكمنا ببطلان التعجيز وكان السيد جاهلاً بحال المال فعلى المكاتب رد ما أنفق السيد عليه، لأنه لا يتبرع[١] به، وإنما أنفق على أنه عبده.

ولو أقام المكاتب بعدما أفاق بينةً على أنه كان قد أدى النجوم، حكم بعتقه ولا رجوع للسيد عليه[٢]، لأنه لبس وانفق على علم بحريته فيجعل متبرعاً فلو قال: نسيت الأداء، فهل يقبل ليرجع؟ فيه وجهان:

وإن وجد السيد للمكاتب[٣] في جنونه مالاً فقد تقدم أن له أن يستقل بأخذه وحكينا عن الإمام تفصيلاً فيه.

وقوله في الكتاب "إذ تمكينه من هذا أولى من منعه حتى يفسخ، ويأخذ المال مجاناً ليس المقصود منه ما لو منعناه من الاستقلال بالأخذ فيفسخ ويأخذ المال من جهة أنه كسب عبده فإنه لا يفسخ إذا كان هناك مال، ولكن يراجع الحاكم ليسلمه إليه، ولكنه أراد أنه لو لم يرض المكاتب إذا أفاق بالعتق والأداء، فإن السيد يفسخ، ويأخذ المال من جهة أنه كسب عبده ثم الإعتاق بيده لا مدفع له وإذا كان كذلك فتمكينه من الأخذ، وعتقه من جهة الكتابة أولى فقد يفضل شيء من إكسابه ويسلم له.

وعبارة "الوسيط"[٤] تفهم ذلك.

السبب الخامس إذا مات المكاتب قبل أن يؤدي النجوم

(قال [الغزالي]: الخامس: الموت وتنفسخ[٥] الكتابة بموت العبد، وإن خلّف وفاء لتعذّر العتق).

[قال الرافعي]: إذا مات المكاتب قبل أن يؤدي تمام النجوم، انفسخت الكتابة، ومات رقيقاً حتى لا يورث، وتكون أكسابه للسيد، وتجهيزه عليه، لأن مورد العقد الرقبة والمقصود مرتقب فيها فإذا فاتت كان فواتها كتلف المبيع قبل القبض، ولا فرق بين أن

---

(١) في: ز "لم يتبرع".
(٢) من "لا يتبرع به ... ولا رجوع للسيد عليه" ليست في: ب، ظ.
(٣) في: أ "المكاتب".
(٤) انظر: الوسيط ٥٢٧/٧.
(٥) في: أ "ويفسخ".

يخلف، وفاءً بالنجوم أو لا يخلف، ولا بين أن يكون الباقي من النجوم قليلاً أو كثيراً وسواء حطَّ شيئاً أو لم يحط.

وإن كان الإيتاء واجباً، قال في "الشامل" لأن الإيتاء غير معلوم، فلا يسقط به شيء معلوم.

وعن نصه في "الأم" رضي الله عنه: أنه لو أحضر المكاتب المال ليدفعه إلى السيد، أو دفع المال إلى رسوله، ليوصله إليه، فمات قبل أن يقبضه السيد، مات رقيقاً أيضاً.

وأنه لو وكل المكاتب بدفع النجم الأخير إلى السيد، ومات المكاتب، فقال أولاده الأحرار: إن الوكيل دفعه قبل موته، وإنه[1] مات حراً وكذبهم السيد، فهو المصدق، فإن أقاموا بينة على الدفع يوم الاثنين، وكان قد مات يوم الاثنين[2] لم ينفعهم إلا أن يقول الشهود: إنه دفع قبل موته، أو يقولوا[3] لو دفع قبل طلوع الشمس، ويكون السيد مقراً بأنه مات بعد الطلوع.

وأنه لو شهد وكيل المكاتب بقبض السيد[4] قبل موت المكاتب، لم تقبل شهادته.

ولو شهد وكيل السيد بقبضه تقبل شهادته، ووجه ذلك بأن وكيل المكاتب يشهد لموكله فهو متهم، ووكيل السيد يشهد على موكله، فهو غير متهم.

وليعلم قوله في الكتاب "وإن خلف وفاء" بالحاء والميم، لأن عند أبي حنيفة رحمه الله: إذا مات وخلف وفاء، مات حراً، وإن لم يخلف وفاء، له ولد يستسعي الولد حتى يؤدي النجوم[5].

وإن لم يكن له ولد أيضاً، مات رقيقاً.

وعن مالك[6]: إن خلف وفاءً مات حراً، وإلا فإنْ لم يخلف ولداً أو خلف ولداً

---

(١) في: ب "وإن".

(٢) في: ز "يوم الخميس".

(٣) في: أ "ويقولوا".

(٤) في: ز "النجوم".

(٥) انظر: الهداية ٣/٢٦٦.

(٦) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٧.

حراً أو مملوكاً ولد قبل عقد الكتابة انفسخت الكتابة، وإن خلّف ولداً مملوكاً وُلد بعد عقد الكتابة كُلِّفَ أن يؤدي المال الذي كان على أبيه فيعتق ويتبعه الولد في الحرية.

ويحكى عن مذهبهما غير[١] هذا التفصيل.

[فصل: وفيه فروع تتعلق بالفسخ والإنفساخ]

فروع تتعلق بالفسخ والإنفساخ: يحصل الفسخ بقول السيد: فسخت الكتابة ونقضتها، ورفعتها وأبطلتها، وعجزت العبد. ولو لم يطالبه السيد بعد حلول النجم مدة، ثم أحضر المكاتب المال لم يكن للسيد الامتناع من قبضه.

وعن نصه في "الأم" رضي الله عنه: أنه لو قال بعد التعجيز: قد قررتك على الكتابة، لم يكن عليها حتى يجدد له كتابته. وقد مر في "القراض"[٢] ما يقتضي إثبات خلاف فيه.

ولو تطوع رجل بأداء مال الكتابة، فهل يجبر السيد على القبول أو يمكن من الفسخ؟ حكى القاضي ابن كج رحمه الله: فيه وجهين:

والذي أورده الإمام رحمه الله: منهما أنه لا يجبر، ولو قبل ففي وقوعه عن المكاتب إذا كان بغير إذنه وجهان عن رواية صاحب "التقريب" القياس القبول.

وإذا مات المكاتب رقيقاً أو فسخ السيد الكتابة لعجزه، رُقَّ كلُّ من يكاتب عليه من والد، وولد، وصاروا جميعاً للسيد، وما في يده من المال للسيد، على ما مر إن لم يكن عليه دينٌ، وإن كان فسيأتي.

(قال [الغزالي]: فرع لو كان استسخر المكاتب شهراً، وغرم الأجرة فيلزمه إنظار شهر بعد المحل فعساه يكتسب مالاً، وقيل: له تعجيزه من غير إنظار. [قال الرافعي] إذا قهر السيد المكاتب، واستسخره في بعض أعماله مدة فعليه أجرة مثله ثم إذا جاء المحل فعليه إمهاله مثل تلك المدة أو له التعجيز والفسخ؟ فيه قولان:

---

(١) في: ظ "عند".

(٢) في: ب، ظ "الفرائض".

أحدهما: ونظم الكتاب يقتضي ترجيحه: أن على السيد أن يمهله مثل تلك المدة، لأن حق السيد أن يمكنه من الاكتساب، فإذا لم يفعل لم يكن له أن يعتد عليه بتلك المدة وقد [يتفق له فتوح][1] في مدة القهر والحبس، وإن قصرت.

وأصحهما: أنه لا يلزمه الإمهال[2] كما إذا حبس مستحق الدين المؤجل[3] مدة الأجل لا يلزمه القضاء بعد المحل وما فوت عليه من المنافع صار، مجبوراً بالأجرة.

ولو حبسه غير السيد فقد حكى الإمام عن العراقيين إجراء الخلاف فيه.

وفيه طريقان ذكرناهما فيما إذا أيسر الكفار المكاتب مدة ثم استنقذ.

وقوله في الكتاب "وقيل له تعجيزه من غير إنظار" لفظة "قيل" في وجوه الأصحاب أكثر استعمالاً والمسألة مشهورة بالقولين على ما بينا فليحمل اللفظ عليه).

(قال [الغزالي] الرابعة في ازدحام الديون، وله صور الأولى إذا لم يكن عليه دين إلا للسيد، وكان له[4] دين معاملة مع النجوم، فله أن يأخذ ما في يده بالدين، ويعجزه إذا لم يملك إلا ما يفي بأحدهما، وإن أراد تعجيزه قبل إخلاء يده عن المال يأخذه بالدين ففيه، وجهان)

[المسألة الرابعة: ازدحام الديون على المكاتب]

[قال الرافعي]: مقصود المسألة القول فيما إذا انضمت إلى النجوم ديون على المكاتب، إما للسيد وحده أو لغيره، أو لهما وأنها كيف تؤدى في حال بقاء الكتابة وبعد ارتفاعها؟ ومقصود الصورة الأولى فيما إذا كانت الديون للسيد وحده، وكانت الكتابة باقية فإذا كان للسيد مع النجوم دين معاملة على المكاتب أو أرش جناية عليه أو على

الصورة الأولى إذا كانت الديون للسيد وحده

(١) [يتفق له فتوح] هكذا في جميع النسخ.

(٢) انظر: الروضة ٢٥٩/١٢ حيث قال: فالمذهب أنه لا إمهال، وأجراه العراقيون على القولين".

(٣) في: ز "المؤجل المديون".

(٤) في: ب "له عليه".

ماله، فإن تراضيا على تقديم الدين الآخر وتأخير[1] النجوم، فذاك وإن تراضياً على تقديم[2] النجوم عتق، ثم الظاهر[3] أن الدين الآخر لا يسقط، فللسيد مطالبته به.

ولو كان ما في يده وافياً بالنجوم ولم يف بها وبالدين الآخر، فإن أداها عن النجوم برضا السيد فالحكم ما بينا، وللسيد أن يمنعه من تقديم النجوم، لأنه لا يجد مرجعاً للدين الآخر، إذا تقدمت النجوم وعتق فيأخذ ما في يده عن الدين الآخر ثم يعجزه.

وهل له تعجيزه قبل أخذ ما في يده؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأنه قادر على أداء النجوم فما لم يخل يده عنها لايحصل العجز، وينسب هذا إلى اختيار الصيدلاني.

وأوجههما: عند الإمام وغيره رحمهم الله: نعم، لأنه يتمكن من مطالبته بالدينين معاً، وأخذ ما في يده عنهما وحينئذ فيعجز عن قسط من النجوم.

ولو دفع المكاتب ما في يده إلى السيد، ولم يتعرضا للجهة ثم قال المكاتب قصدت النجوم، وأنكر السيد، فعن القفال رحمه الله: أن المصدق المكاتب كما لو كان على الرجل دينان، وكان قدرهن بأحدهما فأدى فقال: أردت ذلك الدين.

وقال الصيدلاني: ينبغي أن يصدِّق السيد، لأن الاختيار ههنا إلى السيد بخلاف سائر الديون.

ولو قال المكاتب قصدت النجوم، وسلم له السيد قصده، ولكن قال قصدت الدين الآخر فعلى ما ذكره القفال رحمه الله: يحكم بقول المكاتب وعلى ماذكره الصيدلاني: بقول السيد. والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الصورة الثانية: أن يكون للأجانب عليه دين معاملة وأرش جناية فقولان.

---

(١) في: ز "وتقديم".

(٢) في: ز "وتأخير".

(٣) في: أ "ظاهر".

النص: أنه يوزع ما في يده عليهم إذا ضاق عن جميعهم.

والثاني: أنه يقدم دين المعاملة، لأن الأرش لـه متعلق بالرقبة ثـم الأرش يقـدم على النجوم كما يقدم على حق المالك هذا إن كان قد حجـر عليـه بالتمـاس الغرمـاء فأما قبل الحجر، فله أن يقدم من أراد منهم.

الصورة الثالثـة: أن يعجـز نفسـه وعليـه أرش وديـن معاملـة، فقـد سـقطت[١] النجوم وما في يده يوزع على الدينين بالسوية.

وقيل: يقدم دين المعاملة ليرجع الأرش إلى الرقبه.

وقيل: يؤخر دين المعاملة، لأن صاحبـه رضـي[٢] بذمتـه ثـم لمستحق[٣] الأرش تعجيز[٤] المكـاتب حتى يبيـع[٥] رقبتـــه، فلــو أراد السـيد فـداءه لتبقـى الكتابـة، فالصحيح[٦] أنه لايجب قبوله، وأما صاحب الدين، فليس له التعجيز إذ لا يتعلق حقـه بالرقبة.

ولو كـان للسـيد ديـن معاملـة فـلا يضـارب الغرمـاء بـالنجم ويضـارب بديـن المعاملة).

الصورة الثانية إذا اجتمع على المكاتب النجوم وديون المعاملات وأروش الجنايات

[قـال الرافعـي]: إذا اجتمـع علـى المكـاتب النجـوم وديـون المعـاملات كالأثمـــان والقروض وأروش الجنايات إما للسيد أو لغيره أو لهما فهو كالحر في الحجر عليه، وقسمة ماله بين أرباب الديون.

وهل تحل بالحجر عليه الديون المؤجلة؟ فيه طريقان.

أظهرهما: أن فيه قولين كما ذكرنا في الحر إذا أفلس.

---

(١) في: أ، ب، ظ "سقط".
(٢) "رضي" ليست في ز.
(٣) في: ب، ظ "المستحق".
(٤) في: ز، أ، ب، ط "تعجز".
(٥) في: أ "يتبع".
(٦) في: ب "والصحيح".

والثاني: القطع بالحلول، لأن ههنا يجتمع الحجر والرق، وللرق أثر ظاهرٌ في إبطال الأجل ألا ترى أن الشافعي رضي الله عنه قال: إذا استرق الحربي وعليه دين مؤجل يحل الأجل، فإن حلت فيقسم المال على الجميع، وإلا فعلى الديون الحالة.

إذا عُرِفَ ذلك: فإن كان ما في يد المكاتب وافياً بما عليه من الديون، وفيت جميعاً، وإلا فإن لم يُحجر عليه بعد لعدم التماس الغرماء أو غيره، فله تقديم ما شاء من النجوم، وغيرها كالحر المعسر يقدم ما شاء من الديون.

وله تعجيل النجوم قبل المحل ولا يجوز تعجيل الديون المؤجلة لغير السيد، بغير إذنه، وفي جوازه بالإذن الخلاف في تبرعات المكاتب بإذن السيد، وفي معناه ما إذا عجل سائر الديون للسيد.

ومنهم من أجرى الخلاف في تعجيل النجوم، وكذلك أورده القاضي الروياني رحمه الله وقال: وهو بمنزلة الهبة بإذنه، وفيه قولان، إلا أنه لا يؤدي مال الكتابة من العبد الجناني، لأن الأرش متعلق برقبته، وهو مرتهن به.

وإذا قدم النجوم عتق ويبقى دين الأجانب عليه. قال في "الشامل" ولا يجئ فيه الخلاف في إعتاق العبد الجاني، لأن العتق يحصل بالصفة السابقة على الجناية، فهو كما لو علق عتق عبده بصفة ثم جنى فإن الجناية لا تمنع حصول العتق بمقتضى التعليق السابق بلا خلاف، والأولى أن يقدم دين المعاملة، فإن فضل شيء جعله في الأروش، فإن فضل شيء جعله في النجوم، سيظهروجه هذا الترتيب.

وإن حجر الحاكم عليه تولى قسمة ما في يده، وفي كيفية القسمة وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: وهو ظاهر نصه في "المختصر"[1]، أنه يقسمه على أقدار الديون، ولا يقدم بعضها على بعض، لأن جميع الديون متعلقة بما في يده ألا ترى أن ما انفرد منها يتعلق به.

---

(١) انظر: المختصر ص٣٣٠. وانظر: الوسيط ٥٢٨/٧، والروضة ٢٥٦/١٢.

وهـذا مـا أورده في "التهذيـب" ويحكـى عـن أبـي إسـحق واختيـار صـاحب "التقريب".

وأصحهما: وبه قال ابن أبي هريرة والقفال: وهو الذي أورده القـاضي ابـن كـج أنه يقدم دين المعاملة، لأنه يتعلق بما في يده لا غير، ولأرش الجناية مُتعلق آخر وهو الرقبة.

وكذلك حق السيد بتقدير العجز يعود إلى الرقبة، ويسوى بين الأثمان، والقـروض ثم يقدم أرش الجناية على النجوم، لأن الأرش مستقر، والنجوم عرضة للسقوط، إذا شـاء المكاتب، ولأن حق المجني عليه يقدم على حق المالك في القن. فكذلك في المكاتب.

وعن القاضي أبي الطيب: أنه لا يختلف الأصحاب في أن ذلـك مذهـب الشـافعي رضي الله عنه، وحملوا ما في "المختصر" على ما إذا رضوا جميعاً بالتسوية.

وقوله في الكتاب "إذا ضاق عن جميعهم" يشـير إلى أن موضـع الخـلاف مـا إذا لم يف ما في يده بالديون جميعاً، فإن وفى فيؤدي الكل.

وقوله: "هذا إذا كان قد حجر عليـه بالتمـاس الغرمـاء" يعـني المستحقين للديـون سوى السيد، فإنه صور فيما إذا كانت الديون للأجانب.

وقد ذكـر في "الشـامل" أنـه لا يحجـر عليـه بالتمـاس السيد للنجـوم، لأنهـا غـير مستقرة، والعبد متمكن من إسقاطها.

ثم في الفصل صور:

الصورة الأولى إذا عجـز المكاتب نفسه عـن الديـون والنجوم

إحداها: إذا عجز المكاتب نفسه سقطت النجوم، وفي دين المعاملة للسيد وجهان.

الذي ذكره الإمام: منهما أنه يسقط أيضاً ويصرف ما في يده إلى ديون الأجـانب من المعاملات والأروش، فإن لم يف بالنوعين فيه ثلاثة أوجه.

إرجحها: عند الشيخ أبي محمد وصاحب الكتاب وغيرهما: أنه يسوى بينهما.

والثاني: تقديم[1] دين المعاملان، لأن للأرش متعلقا آخر، وهو الرقبة، وقضيـة مـا قدمنا ترجيح هذا الوجه وقد وفى الإمام بهذه القضية.

---

(١) في: أ، ظ "يقدم".

والثالث: عن صاحب "التقريب" تقديم دين الأروش، لأنه يثبت من غير رضا أربابها، وفي ديون المعاملة قد رضي أربابها بذمته.

قال الإمام: وهذا المعنى يقتضي طرد الوجه الثالث قبل التعجيز وما يبقى من دين المعاملة يتبع به العتق وما يبقى من الأرش يتعلق بالرقبة[1] فيباع فيه.

ولو مات المكاتب قبل أن يقسم /ما في يده انفسخت الكتابة، وسقطت النجوم. ٦٨٥/ز

وذكر جماعة منهم صاحب "الشامل" ويحكى عن ابن سريج رحمهم الله: أن أروش الجنايات تسقط أيضاً، لأنها تتعلق بالرقبة، وقد تلفت، وتتعلق بما في يده أيضاً بحكم الكتابة، فإذا انفسخت الكتابة بطل ذلك التعليق أيضاً فعلى هذا يتعين صرف ما خلفه إلى ديون المعاملات وأبقى مبقون الأروش وتعلقها بالمال.

وعلى ذلك جرى الصيدلاني، والإمام وصاحب "التهذيب" وعلى هذا، فإن سوينا في صورة التعجيز فههنا أولى.

وعلى الوجه المنقول عن صاحب "التقريب" تقديم الأرش.

وإن قلنا: هناك يقدم دين المعاملة فههنا وجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك استصحاباً لما كان في حال الحياة.

وأظهرهما: التسوية، لأن الدينين متعلقان بما خلفه، وتأخير الأرش في الحياة كان لتوقع توفيره من الرقبة، وقد بطل ذلك التوقع.

الصورة الثانية إذا لم يكن في يد المكاتب مال ونحو ذلك

الثانية: إذا لم يكن في يد المكاتب مال أو قسم الموجود، إما على الديون جميعاً بالسوية أو على التقديم، والترتيب وبقيت النجوم، أو بعضها فللسيد تعجيزه ورده إلى الرق، وإن بقيت الأروش أو بعضها فلمستحق الأرش الباقي تعجيزه أيضاً لتباع رقبته في حقه، ولا يعجزه بنفسه، لأنه لم يعقد حتى يفسخ، ولكن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يعجزه.

صرح الأصحاب بهذا.

---

(١) في: أ "به الرقبة".

وقال الإمام: ظاهر كلامهم أنه يعجزه بنفسه، والوجه الرفع إلى القاضي فلو أراد السيد أن يفديه، وتبقى الكتابة، فهل يمتنع على مستحق الأرش التعجيز؟ وهل يجب عليه قبول الفدا؟

قال الإمام: فيه احتمال متلقى من قول الأصحاب: يجوز أن يقال: لا، لأن السيد إنما يفدي إذا تعلق الأرش[١] بالرقبة، وهذا لا يتحقق ما دامت الكتابة باقية، وليست الكتابة كالاستيلاد حتى يجعل السيد مانعاً بها[٢] كما يجعل مانعاً بالاستيلاد.

ويجوز أن يقال: نعم، لأنه رقيق السيد، وله غرض في إتمام العتاقة، وفي استيفائه لنفسه إن لم يتم فيمكن من الفداء.

والأول: أصح عند الإمام وتابعه صاحب الكتاب.

والثاني: هو الذي يوجد لسائر الأئمة.

وأما صاحب دين المعاملة فليس له التعجيز، لأن حقه لا يتعلق بالرقبة على ما سنذكر[٣] إن شاء الله تعالى.

ولو أمهله السيد ومستحقوا الأروش ثم بدا لبعضهم، فأراد التعجيز فله ذلك خلافاً لأبي حنيفة[٤] ومالك[٥] رحمهما الله.

وإذا تحقق التعجيز سقطت النجوم ويباع في أروش الجناية، إلا أن يفديه السيد، ودين المعاملة لا يتعلق بالرقبة ولا يباع فيه خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله حيث قال: بتعلقه[٦] بالرقبة كما قال تتعلق ديون المعاملة برقبة العبد المأذون.

وعن رواية صاحب "التقريب" وجه مثله.

---

(١) "إذا تعلق الأرش بالرقبة" ليست في: أ.

(٢) في: ب "لها".

(٣) في: ز "سنذكره".

(٤) انظر: الهداية ٣/٢٦٦.

(٥) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٧.

(٦) في: ب "متعلقه".

فيجوز[1] أن يعلم لذلك قوله في الكتاب "إذا لا يتعلق حقه بالرقبة" بالحاء والواو.

وقضية الوجه المذكور أن يمكن صاحب دين المعاملة من التعجيز، وأن يسوي بين دين المعاملة، والأرش في الحياة.

الصورة الثالثة هل يضارب السيد بماله من ديون المعاملة؟

الثالثة: عرفت أن الأظهر أن ديون الأجانب مقدمة على النجوم، فلا يضارب السيد معهم بالنجوم[2] إذا لم يف ما في يد المكاتب بالجميع[3]، وهل يضارب بماله من ديون المعاملة؟ فيه وجهان:

أشبههما: وهو المذكور في الكتاب: نعم، لأنه إذا سقط لم يكن له بدل كديون الغرماء بخلاف النجم، فإنه إذا سقط عاد السيد إلى الرقبة.

والثاني: لا، لأن ديون السيد ضعيفة، فإنها عرضة السقوط[4] بالتعجيز.

هكذا وجه الإمام وذكر في غير هذا الموضع أن ما كان للسيد من دين معاملة يسقط بالتعجيز نقل صاحب "التهذيب" فيه: وجهين.

فإن[5] لم يسقط فيحاض السيد[6] الغرماء فيما كان في يده، وأما ما للسيد من أرش جناية على المكاتب ففي كتاب القاضي ابن كج أن السيد والأجنبي يستويان فيه، في دوام الكتابة.

وأما بعد التعجيز فيباع في أرش الجناية على الأجنبي ويسقط ما كان للسيد، لأنه صار ملكاً له ولا يثبت للسيد على عبده أرش جناية، ويجوز أن يفرض فيه خلاف.

وقوله في الكتاب "فلا يضارب الغرماء بالنجم" يجوز أن يعلم الواو لما تقدم أن على قول أو وجه يوزع ما في يده على النجوم وغيرها.

---

(١) في: ز "فيمكن".

(٢) في: ز "في النجوم".

(٣) "بالجميع" ليست في: ز.

(٤) في: ز "للسقوط".

(٥) في: ب "فإذا".

(٦) في: ز "الغرماء السيد".

(قال [الغزالي]) الخامسة: إذا كاتبا عبداً فليس لأحدهما أن ينفرد بقبض نصيب نفسه، لأن كل ما في يد العبد كالمشترك بينهما ولو سلم إلى أحدهما جميع النجوم لم يعتق منه شيء وقيل يعتق نصيب القابض، ولو رضي أحدهما بتقديم[١] الآخر بنصيبه فقبض فهل[٢] يعتق نصيبه؟ فيه وجهان).

[المسألة الخامسة: عبد بين اثنين بالسوية وكاتباه معاً]

[قال الرافعي]: وإذا كان بين اثنين عبد بالسوية، فكاتباه معاً لم يكن للمكاتب أن يفضل أحدهما على الآخر في قدر المدفوع، ولا أن يقدم أحدهما على الآخر، لأن أكسابه مشتركة بينهما، فإن دفع إلى أحدهما تمام حصته بغير إذن الآخر لم يعتق منه شيء، لأن نصف المأخوذ لشريكه، ويجيء فيه وجه ضعيف، قد سبق. وإن دفع إليه تمام النجوم فكذلك.

وحكى الإمام وجهاً أنه يعتق نصيب القابض لأنه لا يلزمه رفع اليد إلا عن نصف المقبوض فليستقر ملكه في نصف المقبوض ولا خلاف أن للشريك الآخر أخذ حصته مما قبض، ولا في أنه إذا قبض أحدهما جميع النجوم بإذن الآخر عتق العبد.

وإن دفع إلى أحدهما حصته من مال الكتابة بإذن الآخر ورضاه بتقديمه، ففي القبض قولان، وقال صاحب الكتاب: وجهان.

أصحهما: على ما قاله الروياني في "الحلية": وهو اختيار المزني أنه لايصح، لأن حقه في ذمة المكاتب، وما في يده ملكه، فلا أثر للإذن فيه، ولأنه لو جاء بالمال ليعطيهما فرضي أحدهما بأن يزن للآخر أولاً ففعل وأقبضه لم يعتق حتى يزن للآخر.

ولو هلك الباقي قبل أن يدفعه إلى الثاني كان المدفوع إلى الأول بينهما، فكذلك ههنا.

والثاني: يصح، لأن الحق لا يعدوهم وقد اتفقوا عليه.

---

(١) في: ز "بتقدم".

(٢) في: ز، ظ "هل".

ويروى عن أبي حنيفة[1] رحمه الله مثل القولين.

وفي طريقة الصيدلاني: أن من الأصحاب من بنى القولين على أنه هل يجوز أن يكاتب أحد الشريكين نصيبه بإذن الآخر؟ إن جوزناه صح القبض وإلا فلا.

وذكر غيره أنهما مبنيان على أن المكاتب هل تنفذ تبرعاته بإذن السيد، لأن هذا التقديم تبرع؟.

وتعرض الشيخ أبومحمد رحمه الله في "السلسلة"[2] للبابين جميعاً، فإن قلنا لايصح القبض لم يعتق نصيب القابض، وللآذن طلب حصته من المقبوض.

ثم إن أدى العبد الباقي عتق عليهما، وإلا فلهما التعجيز.

فإن قلنا: يصح القبض استند القابض بما قبضه، وعتق نصيبه، ثم إن كان معسراً لم يعتق نصيب الآخر عليه، ولكن إن كان في يد المكاتب ما يفي بنصيب الآخر وأداه عتق نصيبه أيضاً، وإلا فللآخر تعجيزه.

وإن كان الذي قبض حصته موسراً قوم عليه نصيب الشريك، ومتى يقوم في الحال أو عند العجز عن نصيب الشريك؟ فيه القولان المذكوران من قبل فيما إذا أعتق أحدهما نصيبه.

فإن قلنا: بالتقويم في الحال فجميع ما في يد العبد يكون للشريك الآذن لحصوله في حال يفارقه واستيفاء الأول نصيبه، وإن قلنا: بالتقويم عند العجز فيما اكتسبه إلى أن يعتق نصفه يكون للشريك الآذن، وما اكتسبه بعد ذلك بين المكاتب والشريك الآذن، لأنه اكتسبه[3] بنصفه الحر، ونصفه المكاتب.

وإن مات قبل الأداء والتعجيز فعلى ما سبق هناك.

هذا مايوجد لأكثر الناقلين رحمهم الله.

---

(١) انظر: الهداية ٣/٢٦٦.

(٢) في: ب، ظ "للبابين في السلسلة".

(٣) "اكتسبه" ليست في: أ.

وسلك الإمام طريقة أخرى فقال: إن كان في يده وفاء بنصيب الشريك الآذن فالذي رأيته للأصحاب القطع بأنه لا سراية: قال في "الوسيط" ولا نقول بعتق نصيبه بل يؤدي نصيب الآذن فإن[1] أدى عتق عليهما، وإن عجز عن أداء نصيب الآذن فقد حكى عن ابن سريج رحمه الله: أنه لا يشارك القابض فيما قبض، لأنه لما قدمه فقد رضي ببقاء حقه في ذمة المكاتب، فعلى هذا يعتق نصيب القابض، وفي السراية ماذكره الأكثرون، وعن غيره رحمهم الله: أن الآذن يشارك القابض، لأن ما قبضه كسب عبدهما، وإنما تبرع الآذن بالتقديم لا بالتمليك، فلا يخلص له المقبوض، فعلى هذا لهما تعجيزه، وإرقاقه والله أعلم.

فرع: لو ادعى أنه وفاهما النجوم فصدق أحدهما وكذب الآخر

(قال [الغزالي]: فرع لو ادعى أنه وفاهما النجوم فصدق أحدهما وكذب الآخر، وحلف فله أن يشارك المصدِّق فيما أقَّر بقبضه، وله أن يطالب المكاتب إن شاء بتمام نصيبه ثم لا يرجع المصدق على المكاتب فيما أخذ منه ولا المكاتب على المصدق).

[قال الرافعي]: قد مر أن الشريكين إذا كاتبا عبدهما المشترك فادعى أنه وفاهما النجوم فصدقه أحدهما، وكذبه الآخر[2]، لأن المكذب مصدق بيمينه، فإذا حلف بقيت الكتابة في نصيبه، وهو بالخيار بين أن يشارك المصدَّق فيما أقر بقبضه فيأخذ نصيبه، ويطالب العبد بالباقي، وبين أن يطالب المكاتب بتمام نصيبه، لأن كسبه متعلق حقهما بالشركة فله أن يشارك المصدق فيما أخذ.

وذكر القاضي ابن كج: أن هذا التخيير مبني عند بعض الأصحاب على أنه لا يجوز أن ينفرد أحد الشريكين بكتابة نصيبه.

فأما إذا جوزناه، فلا يأخذ من الشريك شيئاً، وإنما يطالب المكاتب بجميع حصته، وهذا يرخص في إعلام قوله في الكتاب "فله أن يشارك المصدق" بالواو.

---

(١) في: ب "فإذا".

(٢) في: ب، ز ، ظ "الآخران".

والظاهر ثبوت الخلاف على القولين، لأنا وإن جوزنا انفراد أحدهما بالكتابة، فإذا كاتبا معاً فليس لأحدهما أن ينفرد بأخذ شيء من كسبه.

قال ابن الصباغ: وإنكاره قبض الشريك يمنعه من الرجوع عليه، لأنه أقر بالقبض، وربما قبض وهو لا يعلم ثم إذا أخذ المكذب حصته منهما أو من العبد وحده عتق باقيه ولا يرجع المصدق إن أخذ المكذب حصته منهما أو من العبد وحده عتق باقيه ولا يرجع المصدق إن أخذ منهما بشيء على العبد لاعترافه بأنه مظلوم ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه، وكذلك لا يرجع العبد على المصدق بما يأخذ منه ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب، لأنه متهم بدفع مشاركته فيما أخذ.

(قال [الغزالي]: السادسة: لو كاتب عبدين بشرط أن يتكفل أحدهما بنصيب الآخر فسد العقد.

ولو تكفل بغير شرط لم يصح، لأن النجوم ليست بلازمة فكيف يضمن فلو تبرع أحدهما بتسليم نجوم الباقي وقلنا: لا يجوز التبرع مع الإذن فللمؤدي أن يسترد قبل أن يعتق والنص أنه لا يسترد بعد العتق.

ونص أنه لو عفى عن أرش جناية تثبت له على السيد، وقلنا لا يصح له طلبه بعد العتق فقيل في المسألتين[1] قولان مبنيان على أن تبرع المفلس، إذا لم ينفذ لأجل الدين فلو سقط الدين بالإبراء فهل ينفذ الآن؟ فيه قولان).

[المسألة السادسة: إذا كاتب عبدين فصاعداً وشرط أن يتكفل أحدهما بنصيب الآخر]

[قال الرافعي]: إذا كاتب عبدين فصاعداً وشرط أن يتكفل بعضهم عن بعض بالنجوم فسدت الكتابة، لأنه شرط فاسد، فإن مال الكتابة غير لازم وضمانه غير صحيح.

ولو ضمن بعضهم عن بعض بغير شرط لم يصح.

---

(١) في: ز "المسألة قولان بالنقل، والتخريج".

وحكى القاضي ابن كج رحمه الله قولاً آخر أن الكتابة لا تفسد بالشرط المذكور، ونسبه الإمام رحمه الله إلى القديم.

ووجهه بأن هذا الضمان من مصلحة العقد، فإن السيد قد يريد ارتباط بعضهم ببعض ليتعاونوا على الاكتساب فلا يفسد العقد باشتراطه، ويصح ضمان بعضهم عن بعض في هذه الصورة للحاجة والمصلحة كضمان الدرك.

والظاهر الأول.

وكذلك لو كاتب عبده بشرط أن يضمن عنه فلان، لم تصح الكتابة وليعلم للقول الذي تعلمناه قوله في الكتاب "فسد العقد" بالواو.

ويجوز أن يعلم بالحاء والميم أيضاً، لأن عن أبي حنيفة ومالك[1] رحمهما الله: أنه إذا كاتب عبدين فصاعداً فكل واحد منهم ضامن عن الآخر، وإن لم يوجد تصريح بالضمان وعلى كل واحد أداء الجميع إذا طلبه السيد فإذا أدى عتقوا ورجع على[2] أصحابه بحصصهم، وعن مالك رحمه الله: أنه إذا امتنع بعضهم عن الاكتساب كان للآخرين إخباره، وأنه لو أعتق السيد أحدهم وهو غير كسوب لم ينفذ عتقه، لأن فيه إضراراً بالآخرين.

وإذا ثبت التضامن[3] من غير شرط فعند الاشتراط أولى.

واحتج الأصحاب: بأن الكتابة عقد معاوضة، فإذا كان في أحد طرفيها أكثر من واحد لم يلزمه[4] عند الإطلاق جميع المال كالبيع وغيره.

ولو أدى بعض المكاتبين عن بعض بلا شرط ولا ضمان، أو كاتب عبدين في عقدين[5] "فأدى أحدهما عن الآخر. نظر: إن أدى بعدما عتق" جاز، فإن أداء الدين عن

---

(١) انظر الهداية ٣/٢٦٣ ومختصر خليل ص٢٩٧.

(٢) في: أ "عن".

(٣) في: أ "الضمان".

(٤) في: ز "يلزم".

(٥) ليست في ز، ظ.

الغير[١] جائز، ثم إن أدى بإذنه رجع عليه وإلا فلا.

وإن أدى قبل العتق فهو تبرع وتبرع المكاتب بغير إذن سيده غير جائز وبإذنه فيه قولان، يأتيان من بعد إن شاء الله تعالى.

فإن لم يعلم السيد بأنه يؤدي عن غيره بأن ظن أنه كسب المؤدى عنه، وأنه يؤديه[٢] بإذنه فهو تبرع بغير إذن السيد، وإن علم الحال فوجهان.

أظهرهما: أنه تبرع بالإذن وأخذه عن علم بالحال قائم مقام صريح الإذن.

والثاني: وهو اختيار صاحب "التهذيب": أنه لا يجعل ذلك إذناً بل لابد من التصريح بالإذن، فإن صححنا الأداء لم يرجع المؤدي على السيد، ويرجع على المؤدى عنه إن أدى بإذنه، ولا يرجع إن أدَّى بغير إذنه.

وإذا ثبت له الرجوع عليه، فإن كان قد عتق فذاك، وإلا فيأخذه مما في يده ويقدم على النجوم، لأنه لا بدل له، ولحق السيد بدلٌ عن التعذر[٣]، وهو رقبة العبد، ولأن دين الراجع لازم لايمكن إسقاطه، والنجوم يمكن إسقاطها بأن يعجز المكاتب نفسه، وإن لم يصحح الأداء، فلا رجوع للمؤدي على المؤدى عنه، ولكنه يسترد من السيد ما دفعه إليه ما لم يعتق والسيد يطالب المؤدى عنه بما عليه، فإن حل نجم على المؤدي وقع في التقاص، وإن لم يسترد من السيد حتى أدى النجوم وعتق، فالنص أنه لا يسترد حينئذ ونص فيما إذا جنى السيد على مكاتبه فعفا عن الأرش الثابت له على السيد، وأبطلنا العفو بناء على رد تبرعاته ثم عتق أن له أخذ الأرش، فقال أكثر الأصحاب رحمهم الله: في الصورتين قولان، وأطلق مطلقون في المسألة وجهين من غير تعرض[٤] للنصين.

أحدهما: أنه لا يأخذ شيئاً لأن المانع من صحة تبرعه الرق وخوف فوات العتق، وقد ارتفع هذا المانع.

---

(١) في: ب "الغرماء".
(٢) في: أ "يؤدي".
(٣) في: ب "العذر".
(٤) في: أ "تعريض".

والثاني: يأخذ[(١)]، لأن أداءه وعفوه لم يصح حينئذ فلا ينقلب صحيحاً بزوال الرق، وبنى الخلاف على القولين في تصرفات المفلس، أهي باطلة أو موقوفة؟ إن أبطلناها فالأداء والعفو باطلان.

وإن قلنا: هي موقوفة فالأداء والعفو موقوفان، فإذا عتق بان صحتهما[(٢)].

ولو كاتب رجلان كل واحد منهما عبده ثم أدى أحدهما عن الآخر بغير إذن السيد، لم يصح أداؤه، وإن أدى بإذن السيد ففيه قولان.

وعن القفال: أنه إن انضم إذن المؤدى عنه إلى إذن سيده يصح بلا خلاف، لأنه يكون إقراضاً، والإقراض[(٣)] بإذن السيد جائز بلا خلاف، فإن لم يصح[(٤)] أداؤه فله الاسترداد، وإن عتق قبل الاسترداد، ففيه الخلاف.

(قال [الغزالي]: فرع لو كانا متفاوتي القيمة فقال الخسيس: إدينا النجوم على الرؤوس، وقال الآخر: بل على قدر النجوم، وكانا قد جاءا به معاً، فالصحيح: أن القول قول من يدعي الاستواء، لأنه في أيديهما).

فرع: المكاتبون دفعة واحدة إذا اختلفوا فيما دفعوه إلى السيد

[قال الرافعي]: المكاتبون دفعة واحدة إذا اختلفوا فيما دفعوه إلى السيد، فقال من قلت قيمته: أدينا النجوم على عدد الرؤوس، وقال من كثرت قيمته بل على أقدار القيم فقد نص في "المختصر"[(٥)] على أن القول قول من قلّت قيمته.

وعن نصه رضي الله عنه في موضع آخر: أن القول قول من كثرت قيمته وفيهما طريقان للأصحاب رحمهم الله.

أظهرهما: أن فيه قولين.

---

(١) في: ز "يأخذه".

(٢) في: أ "صحتها". وانظر الوجيز ١/١٧٠.

(٣) "الإقراض" ليست في: أ.

(٤) في: أ "يصحح".

(٥) انظر: المختصر ص ٣٢٤.

أصحهما: أن القول قول من قلت قيمته، لأن ما وزنوه[١] وسلموه كان في أيديهم وصاحب اليد يصدق في[٢] أن ما في[٣] يده ملكه.

والثاني: أن القول قول من كثرت قيمته، لأن الظاهر من حال من عليه دين أن لا يزيد على أداء ما عليه.

والثاني: تنزيل النصين على حالين، فحيث قال القول قول من قلت قيمته، أراد ما إذا أدوا بعض المال، وكان المؤدي، بحيث لو وزع على عدد رؤوسهم لم يخصَّ واحداً منهم أكثر مما عليه.

وحيث قال: القول قول من كثرت قيمته، أو أراد ما إذا أدوا الجميع، والذي قلت قيمته يدعي أنه أدى أكثر مما عليه، وإن ذلك وديعة، له عند السيد، أو قرض على كثير القيمة، فيطالب بالبينة.

وربما قيل: إن كان الخلاف فيما سوى النجم الأخير فيصدَّق من قلت قيمته، لأنه قد يؤدِّي زيادةً ليحتسب بها عن النجم الأخير.

وإن كان في النجم الأخير، وأراد استرداد شيء فيحتاج إلى البينة، وقطع القاضي ابن كج فيما إذا كان الخلاف فيما سوى النجم الأخير بتصديق القليل القيمة، وأثبت قولين فيما إذا كان الخلاف في النجم الأخير[٤].

وأجرى القاضي الروياني الخلاف فيما لو اشترى اثنان شيئاً على التفاوت، وأديا الثمن، واختلفا في أنهما أديا على التفاوت أو التساوي.

وقوله في الكتاب: "وقال الآخر: بل على قدر النجوم" يعني نجوم كل واحد منهما، وهو راجع إلى العبارة التي سبقت، وهي أقدار القيم، لأن المسمى موزَّع على قدر القيم على الصحيح كما تقدم.

---

(١) في: ب "ما وروه".

(٢) في: ليست في: أ ، ب.

(٣) "في" ليست في: أ. وانظر: الروضة ٢٦٦/١٢.

(٤) من قوله "بتصديق القليل ... في النجم الأخير" ليست في: ظ.

(قال [الغزالي]:(١) السابعة في النزاع: وله صور، إحداها(٢) أن يختلف السيد والعبد في أصل الكتابة أو أصل الأداء فالقول قول السيد، وتثبت دعوى العبد بشاهدٍ وامرأتين في الأداء [هل](٣) تثبت(٤) دعوى الكتابة ودعوى النجم الأخير الذي يتعلق به العتق، فيه وجهان).

المسألة السابعة في النزاع بين العبد والسيد وله أربع صور

[قال الرافعي]: إذا ادعى العبد على السيد: أنك كاتبتني فأنكر فهو المصدق بيمينه، وكذا لو ادعى على وارثه بعد موته أن مورثك كاتبني، فأنكر، ويحلف الوارث على نفي العلم.

ولو قال السيد: كاتبتك وأنا مجنون، أو محجور [على](٥) وقال العبد بل كنت في حال الكمال، فإن عُرِف للسيد جنون أو حجرٌ فهو المصدَّق، وإلا فالمصدق العبد.

الصورة الأولى اختلاف العبد والسيد في أصل الكتابة أو أصل الأداء

ولو قال السيد: كاتبتك، وأنكر العبد ففي كتاب القاضي ابن كج: أنه إن لم يعترف بأداء المال فيعود إلى الرق ويجعل إنكاره تعجيزاً لنفسه.

وإن قال السيد وأديت المال: وعتقت، فهو حر بإقرار السيد.

فإن قال العبد: الذي دفعته إليك لم يكن لي إنما هو وديعةٌ زيد، وادعاه زيد صُدِّقَ.

ولو اختلفا في أداء المال، فالمصدق السيد، فإن أراد المكاتب أن يقيم بينة على الأداء، أمهل ثلاثة أيام، وذكر وجهان في أن هذا الإمهال واجب أو مستحب؟. ولا تثبت دعوى الكتابة بشاهد وامرأتين، ولا بشاهد ويمين، لأن مقصودها في الحال ملك(٦)

---

(١) في ظ "المسألة السابعة".

(٢) مكرر: في: ب ، ظ "الأولى".

(٣) "ولا تثبت" هكذا في جميع النسخ. والذي أثبتناه [وهل تثبت] هو الذي ورد في الوجيز ٢٩١/٢ وهو الصحيح لاستقامة المعنى. والله أعلم وانظر العزيز ٥٢٩/١٣.

(٤) ورد في: ظ "في الأداء، ونص أنه لو عفى عنه أرش ثبت له على السيد، وقلنا: لا يصح فله طلبه بعد العتق".

(٥) "أو محجور عليه" هكذا في جميع النسخ. ولعل الصحيح "محجورٌ عليَّ" كما هو ثابت في الروضة ٢٦٧/١٢ حتى يستقيم المعنى. والعزيز ٥٢٩/١٣. المطبوع.

(٦) "ملك" ليست في: ز.

اليد والتصرف، وفي المال العتق، فلابد من ذكرين[1] عدلين، ويشترط التعرض[2] للتنجيم، ولمقدار كل نجم وميقاته في الشهادة.

وتثبت دعوى الأداء بشاهد ويمين وبرجل وامرأتين، لأن مقصودها المال، هذا في غير النجم الأخير.

وفي النجم الأخير الذي يتعلق به العتق وجهان:

أظهرهما: أن الجواب كذلك، لأن المقصود المال إلا أنه يتضمن العتق، وشُبِّه ذلك بما إذا ادعى على رجل أنه باع منه أباه، وعتق عليه، وأقام شاهداً وامرأتين يثبت البيع ويتبعه العتق، وقد مرت المسألة مرة في "الشهادات".

فرع: حكى القاضي الروياني في "الكافي" أنا إذا أمهلناه ثلاثة أيام ليأتي بالبينة على الأداء، فأحضر شاهداً بعد الثلاثة واستنظر ليأتي بالشاهد، ينظر ثلاثة أخرى.

الصورة الثانية إذا اختلفا في قدر النجوم أو الأجل، أو جنس النجوم.

(قال [الغزالي]: الثانية إذا تنازعا في قدر النجوم، أو الأجل أو جنس النجوم تحالفا، وتفاسخا، وإن كان العتق قد حصل بالإتفاق ففائدة الفسخ الرجوع إلى قيمة الرقبة).

[قال الرافعي]: إذا اختلفا في قدر النجوم، أو عددها أو جنسها أو صفتها، أو في قدر الأجل ولا بينة لواحد منهماتحالفا، لأنهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما، أو في كيفيته فيتحالفان، كما في البيع وغيره.

وعن أبي حنيفة[3] رحمه الله: أن القول: قول المكاتب.

وعن أحمد رحمه الله: ثلاثة روايات:

إحداها كقولنا.

والثانية: كقول أبي حنيفة.

---

(١) في: ظ "ذكر".

(٢) في: ز "التعريض".

(٣) انظر: الهداية ٣/١١٦ عدم التخالف عند أبي حنيفة فقط أما الصاحبان- محمدوأبو يوسف قالا: يتحالفان، وتنفسح الكتابة". وانظر: والمغنة ١٤/٥٥٢.

والثالثة: أن القول قول السيد، ثم القول فيمن يبدأ به عند التحالف، وفي كيفية اليمين، على ما مر في "البيع"[(١)] وإذا تحالفا نُظِر إن لم يحصل العتق باتفاقهما، بأن لم يقبض السيد شيئاً أو لم يقبض جميع ما يدعيه، أو كان الاختلاف في الجنس، وقد قبض الجنس الذي يدعيه[(٢)] العبد دون ما يدعيه[(٣)] فتنفسخ الكتابة أو يفسخها الحاكم، إن لم يتراضيا على شيء فيه ما سبق في "البيع". والظاهر[(٤)] الثاني.

وإن حصل العتق باتفاقهما بأن قبض السيد ما يدعيه بتمامه وزعم العبد أن الزيادة على القدر الذي يعترف به، أودعها عنده[(٥)] فلا مرد له، ولكن[(٦)] يتراجعان، فيرجع السيد على المكاتب بقيمته، والمكاتب بما أدى، وقد يقع في التقاص.

ولو قال السيد: كاتبتك على نجم واحد، وقال العبد بل على نجمين قال في "التهذيب" القول قول السيد مع يمينه، لأنه يُدعي فساد العقد[(٧)].

ولو أقام العبد بينة على أنه كاتبه في رمضان سنة كذا على ألف، وأقام السيد بينة على أنه كاتبه في شوال تلك[(٨)] السنة على ألفين، فإن اتفقا على أن الكتابة كانت واحدة، فكل واحدة[(٩)] منهما مكذبة للأخرى فتسقط البينتان، ويتحالفان، وإن لم يتفقا على الاتحاد، فالبينة المتأخرة أولى، لأنه ربما كاتب في رمضان، ثم ارتفعت تلك الكتابة وأحدث[(١٠)] كتابة أخرى. والله أعلم.

---

(١) انظر: الوجيز ٣٤/١ و ٣٥.

(٢) من قوله: "أو كان الاختلاف ... الذي يدعيه" ليست في: ظ.

(٣) في: ز "ما يدعيه السيد".

(٤) "الظاهر" ليست في: أ.

(٥) في: أ، ب "عبده".

(٦) "لكن" ليست في: ز.

(٧) في: ز "العين". قال النووي في الروضة ٢٦٨/١٢ "... ينبغي أن يكون على الخلاف فيما لو اختلف المتبايعان في مفسد للبيع".

(٨) في: أ "ذلك".

(٩) في: أ "واحد".

(١٠) في: أ "فأحدثت". وفي: ب "فأحدث".

الصورة الثالثة النزاع في ولد المكاتب من زوجته المعتقة إذا مات أبوه

(قال [الغزالي]: الثالثة: لو مات مكاتبه وله ولد من معتقة فقال إنه أدَّى النجوم[(١)] وعتق قبل الموت وجر إلى ولاء ولده فالقول قول موالي الأم، لأن الأصل بقاء الولاء لهم).

[قال الرافعي]: ولد المكاتب من زوجته المعتقه حر، وولاؤه لمواليها فإن عتق المكاتب انجر الولاء إلى مواليه على ماسبق في جر الولاء.

فلو[(٢)] مات المكاتب واختلف مولاه وموالي أم أولاده، فقال مولاه عتق بأداء[(٣)] النجوم ثم مات وجر إلى ولاء أولاده، وأنكر مواليها فهم المصدقون باليمين وعليه البينة.

وهل يكفي شاهدٌ وامرأتان أو شاهد ويمين؟ فيه خلاف[(٤)] في أن النجم الأخير هل يثبت بذلك ويدفع مال المكاتب إلى ورثته الأحرار لإقرار السيد بأنه مات حراً؟

ولو أقر السيد في حياة المكاتب بأنه أدى النجوم[(٥)] عتق وجر إليه ولاء ولده.

(قال [الغزالي]: الرابعة كاتب عبدين، وأقر بأنه قبض نجوم أحدهما ونكل عن دعوى[(٦)] الثاني حتى حلف الثاني، عتق العبدان جميعاً وإن مات قبل البيان حلف الوارث على نفي العلم بما عناه[(٧)] المورث، ثم بعد ذلك يقرع[(٨)] بينهما على قول، ولا يقرع على قول لأنه استبهامٌ في دين).

الصورة الرابعة إذا كاتب عبدين في صفقتين أو صفقة واحدة وأقر أنه قبض النجوم

[قال الرافعي]: إذا كاتب عبدين في صفقتين أو في صفقة واحدة وجوزناها، ثم أقر بأنه استوفى نجوم أحدهما، أو أنه أبرأ أحدهما عما عليه، فيؤمر بالبيان، فإن قال: نسيته، أمر بالتذكر، ولا يقرع بينهما مادام حياً، لأن الإنسان قد يتذكر ما نسي ويتبين له ما أشتبه عليه، وذلك أقرب إلى الحق من القرعة، وفي كتاب القاضي ابن كج رحمه

---

(١) "إنه أدى النجوم" ليست في: أ.
(٢) في: ز ، ط "ولو".
(٣) "بأداء" ليست في: ز.
(٤) في: ز "الخلاف".
(٥) في: ز "النجم".
(٦) في: أ "عن يمين دعوى".
(٧) في: أ، ب "عماه".
(٨) في: أ "ذلك المدعي يقرع".

الله وجه أنه يقرع بينهما، وإن كان حياً كما سنذكر أنه يقرع بعد موته والصحيح الأول.

وإذا بين أحدهما، فإن صدقه الآخر فذاك، وإن كذبه، وقال استوفيت مني أو أبرأتني فله تحليف السيد، فإن حلف بقي على الكتابة إلى أداء النجوم، وإن نكل حلف المكذب، وعتق أيضاً.

قال الروياني في "الكافي" وإن لم يتذكر حلف لهما إذا ادعياه، وإذا حلف ففيه وجهان.

أحدهما: أنهما يبقيان على الكتابة ولا يعتق واحد منهما إلا بأداء النجوم.

والثاني: أن الدعوى تتحول[1] إلى المكاتبين، فإن حلفا على الأداء أو نكلا بقيا على الكتابة، وإن حلف أحدهما دون الآخر حكم يعتق الحالف، وبقي الناكل على الكتابة.

ولو أنه لما بيَّن أحدهما قال[2] الآخر: عينتني بالإقرار الذي أبهمته، ولم يقل: استوفيت أو أبرأت فقد قال الإمام الأصح أن دعواه مردودة على هذا الوجه، لأنه ليس يدعي حقاً ثابتاً، وإنما يدعي إخباراً قد يكون صدقاً وقد يكون كذبا. وقد سبق نظير هذا في "الدعاوي".

وإن مات قبل البيان فما الحكم؟ ساق الإمام وصاحب الكتاب طريقة والأكثرون رحمهم الله طريقة أخرى وبين الطريقتين بعض الاتفاق، وبعض الاختلاف.

أما طريقتهما فهي أن لكل واحد من المكاتبين أن يدعي على الوارث توفية النجوم إلى المورث، أو إبرأه وأن يحلفه على نفي العلم فإذا حلف فهل يقرع بينهما؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، لأنه استبهام دين، فهو كما لو قال استوفيت كذا من أحد غريمي ومات قبل البيان، ولم يبين الوارث لا يقرع بينهما.

---

(١) في: ظ "تتحمل".

(٢) في: ز "وقال".

وأشهرهما، وأصحهما[1] على ماذكر الإمام رحمه ا لله: أنه يقرع لحق العتق الذي يتضمنه الاستيفاء فهو كما لو أبهم العتق بين عبدين ثم أنه مع ترجيحه هذا القول ذكر إشكالاً عليه أن المستوفى منه حرّ على التعيين، ومن أعتق أحد العبدين بعينه ثم أشكل الحال فلا إقراع، وإنما الإقراع فيما إذا أعتق المريض عبداً واقتضى الشرع قصر العتق على بعضهم، وفيما إذا أعتق أحد العبدين، أو العبيد و لم يُعيِّن[2] واحداً بلفظه ولا بقلبه، وانفصل عن الإشكال بتخريجه على قولين سبق ذكرهما فيما إذا أعتق المريض عبداً بعد عبد فاستبهم[3] المتقدم منهما، وهما كالقولين في نظير المسألة من[4] الجمعتين، والنكاحين، وأجريا حيث علم التعيين، وليس عن الوصول إلى دركه فالإقراع ههنا تفريع على أحد القولين.

ولك أن تمنع قوله: أنه[5] لا إقراع فيما إذا أعتق عبداً بعينه، وأشكل الحال فيقول[6] قد سبق في "العتق" أنه إذا عتق أحد عبديه وأراد معيناً، ومات قبل البيان و لم يكن له وارث، أو قال الوارث لا أعلم فالظاهر: أنه يقرع.

فإن قلنا: يقرع فمن خرجت له القرعة فهو حر وعلى الآخر أداء النجوم، وإن قلنا: لا يقرع قال الإمام: الذي يقتضيه القياس التوقف إلى اصطلاح[7] أو بيان، أو قيام بينة وينقدح، أن يقال: للوارث أن يعجزهما فإنهما ممتنعان عن الأداء وأحدهما مكاتب فينفذ[8] التعجيز فيه[9] وحينئذ فأحدهما حر، والآخر رقيق فيقرع.

وأما طريقة الأكثرين فقد قالوا: إذا مات قبل البيان ففيه قولان:

---

(١) انظر: الروضة ١٢/٢٦٩.

(٢) في: أ "يعتق واحداً بعينه".

(٣) في: ب، ظ "فاستبهم".

(٤) في: ب "في".

(٥) في: أ "لأنه".

(٦) في: أ "ويقول".

(٧) في: أ، ظ "الاصطلاح".

(٨) في: ز "فيفيد".

(٩) قوله: "فينفذ التعجيز فيه" ليست في: ظ.

أحدهما: أن الوارث لا يقوم مقامه في البيان بل يقرع فمن خرجت له القرعة فهو حر وعلى الآخر أداء النجوم وله تحليف الوارث على نفي العلم.

والثاني: أن الوارث يقوم مقامه، ولا قرعة، وإذا تبين، فالحكم كما سبق في بيان المورث[1]، إلا أن الوارث يحلف على نفي العلم[2] وهذا أشبه بالترجيح على قياس ماتقدم فيما إذا أعتق أحد عبديه، وأراد معيناً ومات قبل البيان، فإن قال الوارث لا أعلم من أدى منهما فلكل واحد تحليفه على أنه لايعلم أنه أدى، فإذا حلف لهما فوجهان.

أحدهما: أنه يستوفي من كل واحدٍ ما عليه، كما إذا أقر بأن أحد غريميه بريء مما كان عليه، ومات قبل البيان، وحلف الوارث لكل واحد منهما، فإنه[3] يستوفي الدينين جميعاً.

وحكى ابن الصباغ رحمه الله: توقف العتق على أن يؤدي كل واحد جميع ماعليه.

قال: وعندي إن استوى المالان، فقالا نؤدي ما على أحدنا.

أو اختلفا فقالا[4] نؤدي الأكثر ليعتق، كان لهما ذلك، لأنهما بأدائه قد أديا جميع ما عليهما.

الوجه الثاني: وبه قال القاضي أبوالطيب: أنه إذا قال الوارث لا أعلم يقرع بينهما.

وقال الروياني: وهذا أصح ولو أقر باستيفاء بعض نجوم أحدهما ولم يتبين فلا قرعة، لأن العتق لا يحصل به، بل يوقف الأمر.

ولو ادعى أحد المكاتبين على الورثة الأداء أو الإبراء فأنكر حصل بإنكاره الإقرار للآخر قاله الصيدلاني[5].

---

(١) في: ب "الوارث".

(٢) من قوله "والثاني: أن الوارث ... على نفي العلم" ليست في: أ.

(٣) في: أ "أنه".

(٤) في: أ "وقالا".

(٥) قال النووي في روضته ٢٧٠/١٢ "هذا الذي قاله الصيدلاني فيما إذا قال: لا أعلم ونحوه، فليس مقراً للآخر بلاشك".

وقوله في الكتاب: "ونكل عن دعوى[١] الثاني" في بعض النسخ "عن يمين الثاني" وهو الأولى والأول مؤول.

وقوله: "حتى حلف الثاني" في بعض النسخ "حتى حلف المدعي" وهما صحيحان.

وقوله : "بما عماه[٢] المورث[٣] في بعضها "بما عناه المورث" وهما صحيحان[٤] أيضاً

فروع[٥]: عن "التهذيب"[٦]: ولو قال السيد استوفيته، أو قال العبد أليس قد وفيتك فقال: نعم ثم قال المكاتب، وفيت الجميع[٧].

وقال السيد: البعض، فالمصدق السيد، واللفظ يحتملهما جميعاً.

ولو وضع عن[٨] المكاتب شيئاً من النجوم، واختلفا فقال السيد وضعت من[٩] النجم الأول.

وقال المكاتب: من الآخر أو قال وضعت بعض النجوم. وقال المكاتب بل جميعها، فالمصدق بيمينه السيد[١٠]، وإذا[١١] كاتبه السيد على ألف درهم فوضع عنه عشرة دنانير، لم يصح.

فإن قال: أردت قيمة عشرة دنانير من الدراهم صح.

---

(١) في: أ "دعى".
(٢) في: ز "بما عناه".
(٣) في: أ "الموت".
(٤) من قوله "وقوله بما عماه المورث ... وهما صحيحان" ليست في: ظ.
(٥) في: أ "فرع".
(٦) انظر: التهذيب ٤٣٢/٨ و ٤٣٣.
(٧) في: ب "النجوم".
(٨) في أ "على" وفي ب "من".
(٩) في: ب "مني".
(١٠) من قوله "ولو وضع عن المكاتب... فالمصدق يسمينه السيد" ليست في ط.
(١١) في أ "فإذا".

فلو اختلفا فقال المكاتب: أردت المعنى الثاني، وأنكر السيد، فهو المصدق، لأنه أعرف بنيته.

ولو وضع عنه من الدراهم ما يقابل عشرة دنانير، وهو مجهول عندهما، ففي صحته وجهان، بناء على الخلاف فيما إذا أوصى بالزيادة على الثلث، وأجاز الوارث، وهو جاهل بالزيادة.

ففي وجه: لا تصح.

وفي وجه: تصح ويحمل على أقل ما يتيقن.

[الحكم الثالث: في تصرفات السيد في المكاتب، وتضرفات المكاتب وما يتعلق بذلك]

(قال [الغزالي]: الحكم الثالث: حكم التصرفات. إما من السيد أو من[١] العبد.

أما من السيد[٢]، فلا يصح بيعه رقبة المكاتب على الجديد؟ وفي القديم يبيعه، ويبقى مكاتباً، أو لا يبيع النجوم، لأنه بيع دينٍ غير لازم.

وفي الاستبدال عنها وجهان، فلو قبض مشتري[٣] النجوم، فهل يعتق؟ فيه[٤] وجهان.

فإن قلنا: يعتق وكان[٥] المشتري وكيله فيرد عليه).

[الفصل الأول: في تصرفات المكاتب. وفيه خمس مسائل]

[قال الرافعي]: الغرض الآن الكلام في تصرفات السيد في المكاتب، وما يتعلق به، وفي تصرفات المكاتب.

أما القسم الأول: ففي الفصل منه مسألتان.

المسألة الأولى في بيع السيد رقبة المكاتب

إحداهما: في بيع السيد رقبة المكاتب قولان:

الجديد منعه[٦]، وبه قال أبوحنيفة[٧] ومالك[٨] رحمهما الله: لأن الكتابة عقد يمنع من استحقاق الكسب، وأرش الجناية، فيمنع البيع، كما لو باع عبداً من إنسان لا يجوز

---

(١) "من" ليست في: أ، ب.

(٢) "أما من السيد" ليست في: ب.

(٣) في: أ "المشتري".

(٤) في: أ "عنه".

(٥) في: أ "فكان".

(٦) انظر: الوجيز ٢/٢٩٢، والوسيط ٧/٥٣٢، والتهذيب ٨/٤٥٦ والروضة ١٢/٢٧١. ومغنى المحتاج ٤/٥٢٧.

(٧) انظر: ٣/٢٥٤.

(٨) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٧، وانظر: الموطأ ٢/٧٩٧.

له بيعه، ولأن البيع إما أن يرفع للكتابة، وهو باطل، لأن الكتابة لازمة من جهة السيد أو لا يرفع فيبقى مستحق العتاقة فوجب أن لا يصح بيعه كالمستولدة.

والقديم الجواز، وبه قال أحمد[١] رضي الله عنه كبيع المعلّق عتقه بصفة، ويحتج له بحديث "بريرة رحمها الله فإنها استعانت بعائشة رضي الله عنها في كتابتها فقالت: إن باعوك صببت لهم ثمنك صباً فراجعتهم فأبْوا أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم" الحديث[٢].

ومن قال بالجديد، قال: إنها عجزت نفسها ثم اشترتها عائشة رضي الله عنها.

وفي "جمع الجوامع" للقاضي الروياني: أن من الأصحاب من قطع بالمنع، وأنكر القول الآخر. فليعلم لذلك قوله في الكتاب: "وفي القديم" بالواو.

وقوله: "يبيعه[٣]" بالحاء والميم.

وقوله "ولا يصح" بالألف.

وهبة المكاتب كبيعه، فإن قلنا بالجديد، فلو دفع النجوم إلى المشتري بعد البيع، فهل يعتق؟ فيه الخلاف الذي نذكره فيما لو دفع النجوم إلى مشتري النجوم في المسألة الثانية.

فإذا استخدمه المشتري[٤] مدة لزمته أجرة المثل للمكاتب.

وهل على السيد أن يمهله المدة التي كانت في يد المشتري؟ فيه قولان، كما في استخدام السيد، وحبسه إياه[٥].

وإن قلنا: بالقديم، فهل ترتفع الكتابة؟ نقل في "التهذيب" وجهاً أنها[٦] ترتفع.

---

(١) انظر: المقنع ص ٢٠٣، والمغني ١٤/٥٣٥.

(٢) الحديث متفق عليه من حديث عائشة وقد سبق في ص١٠٦٢.

(٣) في: أ "يتبعه".

(٤) "المشتري" ليست في: ز.

(٥) "إياه" ليست في: ب.

(٦) في: أ، ب، ظ "أنه"

والظاهر أنها لا ترتفع.

وينتقل إلى المشتري مكاتباً. وعلى هذا فوجهان.

أحدهما: أنه إذا عتق[1] بأداء النجوم إلى المشتري كان الولاء للبائع، ويكون انتقاله بالشراء كانتقاله بالإرث إلى الوارث.

وأظهرهما: أنه يكون الولاء للمشتري إذا عتق بالأداء إليه بخلاف الوارث، فإنه ينوب عن المورث[2] ويخلفه.

ولو كاتب كتابة فاسدة، ثم باع المكاتب فسنذكر حكمه من بعد إن شاء الله تعالى.

ولو قال: أجنبي لسيد المكاتب: أعتق مكاتبتك على كذا أو أعتقه عني على كذا، أو مجاناً فهو كما لو قال أعتق مستولدتك وقد مر في "الكفارات".

ولا يجوز للسيد بيع ما في يد المكاتب، ولا إعتاق عبيده ولا تزويج إمائه.

المسألة الثانية ليس للسيد بيع نجوم الكتابة على المكاتب

الثانية: ليس للسيد بيع نجوم الكتابة على المكاتب، لأنه بيع ما لم يقبض، ولأنه بيع الدين من غير من عليه الدين[3]، ولأن النجوم غير مستقرة، وإذا لم يصح بيع المبيع قبل القبض فبيع مالا يلزم الملك فيه أولى.

هذا هو المذهب المنصوص[4].

وعن مالك[5] رحمه الله: أنه يصح بيعها.

وحكى مثله قول أو وجهٌ آخر.

واختلف في كيفيته، فذكر ابن كج: أنه جوزه في القديم.

---

(١) في: أ "أعتق".

(٢) في: أ "الوارث".

(٣) "الدين" ليست في: أ.

(٤) انظر: الوسيط ٥٣٢/٧، والروضة ٢٧٢/١٢. ومغنى المحتاج ٥٢٧/٤.

(٥) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٧، والموطأ ٧٩٧/٢.

وأن "الزعفراني"[١] حكى أنه رجع عنه في الجديد في مسائل عددها[٢].

ومنهم من أخذه من قولين محكيان عن تخريج ابن سريج: في بيع سائر الديون.

واعترض عليه بأن ذاك في الديون المستقرة، والنجوم بخلافها.

ومنهم من أخذه من تجويزه بيع المكاتب في القديم.

وقد يُوجَّهُ بأنه على ذلك القول ينتقل مكاتباً، والحاصل للسيد النجوم، وكأنه[٣] اشترى النجوم.

وهل يجوز الاستبدال عنها؟ يرتب ذلك على جواز بيع النجوم، فإن جوز بيعها جوز الاستبدال عنها، وإلا ففي الاستبدال وجهان.

قال الإمام: وسبب الترتيب أن المبيع مقصود بالتملك، وما يستبدل عنه، فالمقصود عوضهُ وسقوط المستبدل عنه، ولذلك جاز الاستبدال عن الديون اللازمة بلا خلاف، واختلف القول في بيعها.

والأظهر: منع الاستبدال أيضاً، وهو المذكور في "التهذيب".

وإذا قلنا بظاهر المذهب، وهو أنه لايجوز بيع النجوم، فلو باع لم يجز للمكاتب تسليمها إلى المشتري، ولا للمشتري مطالبته بها ويحصل العتق بدفعها إلى السيد البائع.

وهل يحصل بتسليمها إلى المشتري؟

قال في "المختصر"[٤] يحصل.

---

(١) هو الحسن بن محمد بن الحسين، أبو علي، المشهور "بالزعفراني" منسوب إلى "زعفرانة" قرية قرب بغداد كان إماماً في اللغة والحديث وأحد رواة الأقوال القديمة عن الإمام الشافعي رضي الله عنه. توفي رحمه الله سنة تسع وأربعين ومائتين وقيل: سنة ستين ومائتين.
انظر ترجمته: تهذيب الأسماء واللغات ١٠/١٦٠، وطبقات الشافعية للاسنوي ١/٢٧٠، وتهذيب التهذيب ١١/٤٤٠.

(٢) في أ، ب، ظ "عدها".

(٣) في: أ "فكأنه".

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٨.

وعن "الأم"[1] منعه وفيهما طريقان.

أظهرهما عند الأكثرين وبه قال ابن سريج: أن فيه قولين.

أحدهما: يحصل، لأن السيد سلطه على القبض فهو كما لو وكل بالقبض وكيلاً.

وأصحهما:[2] المنع، لأنه يقبض لنفسه حتى لو تلف في يده يضمنه بخلاف الوكيل فإنه يقبض للموكل.

والثاني: وبه قال أبوإسحاق: أنهما محمولان على حالين، فإن قال بعد البيع خذها منه، أو قال للمكاتب ادفعها إليه صار وكيلاً وحصل العتق بقبضه.

وإن اقتصر[3] على البيع فلا، فإنه فاسد، فلا عبرة بما يتضمنه.

ويقال: إن أبا إسحق عرض هذا الفرق على ابن سريج فلم يعبأ به، وقال: إنه وإن صرح بالإذن فإنما يأذن بحكم المعاوضة، لا أنه ينيبه.

فإن قلنا: يعتق فما أخذه المشتري يدفعه الي السيد، لأنا جعلناه كالوكيل له.

وإن قلنا: لا يعتق فالسيد يطالب المكاتب، والمكاتب يسترد ما دفع إلى[4] المشتري.

وأطلق صاحب الكتاب في قبض مشتري النجوم وجهين في أنه هل يعتق؟ والمشهور من الخلاف فيه القولان على ما بينا. وا لله أعلم.

المسألة الثالثة للسيد معاملة المكاتب بالبيع والشراء والأخذ بالشفعة

(قال [الغزالي]: وله معاملة العبد بالبيع والشراء وأخذ الشفعة منه، وكذلك يأخذ العبد منه، فإذا ثبت له على السيد دين مثل النجوم قدراً وجنساً وقلنا: يتبع التقاص فيعتق لكن في تقاص الدينين المتساويين أربعة أقوال.

أحدها: أنه لا يحصل، وإن رضياه.

---

(١) انظر: الأم ٨/٦٥.

(٢) انظر: الوسيط ٧/٥٣٢ التهذيب ٨/٤٥٩، والروضة ١٢/٢٧٢. ومغني المحتاج ٤/٥٢٧.

(٣) "اقتصر" ليست في: أ.

(٤) "إلى" ليست في: أ.

والثاني: أنه يحصل إن رضي أحدهما.

والثالث: أنه لا يحصل إلا برضاهما.

والرابع: أنَّ التقاص يقع بنفسه، دون الرضا، فإن أجرينا التقاص في النقدين ففي ذوات الأمثال وجهان وفي العروض وجهان مرتبان).

[قال الرافعي]: السيد في المعاملة مع المكاتب كالأجنبي مع الأجنبي[١] فيبيع منه ويشتري، فإذا باع السيد شقصاً [من ربع][٢] والمكاتب شريك فيه فله الأخذ بالشفعة، وإن باع المكاتب فللسيد الأخذ بالشفعة، وإنما كان كذلك، لأن الغرض من الكتابة تحصل العتق والعتق يحصل بأداء المال فينبغي أن يمكن من التصرف الذي يستعين به على العتق.

وعن أبي إسحق رحمه الله توجيهه بأن المكاتب هو المالك لما في يده دون السيد، إلا أنه يمنع من تفويت المال كيلا يعجز فيفوت العتق، فلو[٣] ثبت للمكاتب دينٌ على سيده عن معاملةٍ، وكان للسيد عليه النجوم، أو دين معاملة ففي التقاص، تفصيل، واختلاف لا يختص بالسيد والمكاتب.

وجملة[٤] القول فيه: أنه إذا ثبت لشخص على آخر دين، وللآخر دين على الأول، إما عن جهة واحدة، أو عن جهتين كسلم وقرضٍ أو قرض وثمن، فإما أن يكون الدينان نقدين، أو لا يكونا كذلك، فإن كانا نقدين، فينظر: أهما من جنس واحدٍ أو من جنسين، إن كانا من جنسٍ واحدٍ، واتفقا في الحلول، وفي سائر الصفات، ففيه أربعة أقوال[٥].

---

(١) "مع الأجنبي" ليست في: ز.

(٢) "ربع" بالباء. هكذا في جميع النسخ. وفي العزيز المطبوع ٥٣٧/١٣ "ريع" بالياء. ولعله هو الصواب. والله أعلم.

(٣) في: ز "ولو".

(٤) في: أ "وحملوا".

(٥) في: أ "أحوال"

أحدها: ويحكى عن نصه رضي الله عنه في "الصرف[١]" أنهما لا يتقاصان، وإن رضيا به، لأنه إبدال دين بدين، وبيع الدين بالدين منهي عنه، فلابد، وأن يأخذ أحدهما ما على الآخر ثم إن شاء دفعه إليه بما عليه ليخرج عن صورة بيع الدين بالدين.

والثاني: أنه إذا رضي أحدهما بالمقاصة كفى وسقط الدينان، لأن من عليه الدين يؤديه من حيث يشاء.

وإذا رضي أحدهما فقد أدى ما عليه بماله في ذمة الآخر.

ويخالف ما إذا أراد أن يقضيه بدين على الغير، فإنه قد لا يرضي المستحق بذمة ذلك الغير.

وأيضاً، فإن أحد الشريكين إذا دعا إلى فصل الأمر بالقسمة يجبر الآخر عليه، فكذلك ههنا.

والثالث: أنه لابد من رضاهما، وإلا فلكل واحد منهما مطالبة الآخر بما عليه، لأن المقاصة كالحوالة في إبدال ذمة بذمة، وفي الحوالة لابد من رضا المحيل والمحتال.

والرابع: أن التقاص يحصل بنفس ثبوت الدينين، ولا حاجة إلى الرضا، لأن مطالبة أحدهما الآخر بمثل ما عليه عناد[٢] لا فائدة فيه.

ولذلك نقول[٣] لو كان له على وارثه دين فمات يسقط ولا يؤمر بتسليمه، وأشار في "الوسيط"[٤] إلى ترجيح هذا القول الأخير.

وفي "تعليق الشيخ أبي حامد": أنه المنصوص.

---

(١) الصرف "لغة" فضل الدرهم في الجودة على الدرهم- ذكره في المصباح المنير ٣٣٨/١.
وشرعاً: بيع الأثمان بعضها ببعض. ذكره في التعريفات للجرجاني ص١٣٢ وقال في المطلع على أبوب المقنع ص٢٣٩ "والصرف: بيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب، وفي تسميته صرفاً قولان: أحدهما: لصرفه عن مقتضى البياعات، من عدم جواز التفرق قبل القبض، والبيع نساء.
والثاني: من صريفهما. وهو: تصويتهما في الميزان، فإن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة سمي مراطلة".

(٢) في: ب "عناءً".

(٣) "نقول" ليست في: ز.

(٤) انظر: الوسيط ٥٣٢/٧.

وذكر أبو الفرج الزاز: أنه المشهور، وأن الأصح حصول التقاص بتراضيهما.

وإن اختلفا في الصفات كالصحة والتكسير والحلول والتأجيل أو مقدار الأجل فلا يصير أحدهما قصاصاً بالآخر، لاختلاف الأغراض، ولصاحب الحال أن يستوفيه، وينتفع به إلى أن يحل ما عليه.

ولو تراضيا على جعل الحال قصاصاً بالمؤجل[١] لم يجز كما في الحوالة.

وحكى أبوالفرج فيهما وجهاً آخر.

ولو كانا مؤجلين بأجل واحدٍ، فقد قيل: هما كما لو كانا حالين: وهذا أوجه عند الإمام[٢] لكنه تردد في مجيء القول الرابع.

وقال في "التهذيب" الصحيح أنهما كالمؤجلين بأجلين مختلفين.

وإن كانا من جنسين بأن كان أحدهما دراهم والآخر دنانير، فلا مقاصة.

والطريق أن يأخذ أحدهما ما[٣]على الآخر، ثم إن شاءا جعلا المقبوض عوضاً عما على الآخر.

قال الروياني: لأن دفع العوض عن الدراهم، والدنانير في الذمة يجوز، ولا حاجة إلى قبض الحقين معاً. وإن لم يكن الدينان نقدين، فإن كانا من جنس واحدٍ.

فعن صاحب "التقريب": أن التقاص على الاختلاف المذكور إذا أجريناه في النقدين، ففي ذوات الأمثال وجهان، لأن ما سوى النقدين يظهر فيه التفاوت، وأنا إذا

---

(١) "قصاصاً بالمؤجل" ليست في: أ.

(٢) و "بهامش العزيز ٥٣٩/١٣ القول الآتي "ما حكاه عن الإمام ليس كذلك، ولم يرجح الإمام في ذلك شيئاً، وعبارته في النهاية ولو فرضنا دينيس مؤجلين... فهذا فيه احتمال عندي. والوجه إجراء ثلاثة أقوال: فأما القول بالتساقط من غير رضي فلست أرى له وجهاً" وانظر: نهاية المطلب الجزء ٢٥، ٢٦، ٢٧ من مجلد ٢ لوحه ٣١٤/أ.

(٣) في: أ "بما".

أجريناه في ذوات الأمثال ففي العرضين[1] الموصوفين في الذمة وجهان بالترتيب، لأن التفاوت فيها[2] أكثر.

والذي أورده العراقيون، وغيرهم من الأصحاب: أن التقاص لا يجري في غير الأثمان، من العروض وغيرها.

وفرق الشيخ أبوحامد: بأن العقد على الأثمان ليس عقد مغابنة ومرابحةٍ، لقلة الاختلاف فيها، فالتقاص فيها قريب، بخلاف سائر الأموال.

وإن كانا من جنسين، فلا مقاصة.

وإن تراضيا، بل إن كانا عرضين فينبغي أن يقبض كل واحدٍ منهما ما على الآخر، فإن قبض أحدهما لم يجز ردهُ عوضاً عن المستحق المردود[3] عليه، لأنه بيع عَرْضٍ قبل القبض، إلا أن يكون ذلك العرض مستحقاً بقرضٍ، أو إتلاف لا بعقدٍ.

وإن كان أحدهما نقداً والآخر عرضاً، فإن قبض مستحق العرض ورده عوضاً عن النقد[4] المستحق عليه، جاز.

وإن قبض مستحق النقد ورده عوضاً عن العرض المستحق عليه لم يجز، إلا أن يكون العرض مستحقاً بالقرض أو الإتلاف.

هكذا فصل ابن الصباغ والروياني وغيرهما[5].

إذا عرف ذلك فإذا حصل التقاص بين السيد والمكاتب وبرئت ذمة المكاتب عن النجوم عتق، كما لو أدى[6].

---

(١) في: ظ "العروض".

(٢) في: ز "فيهما".

(٣) في: أ "المردودة" وفي: ز "للمردود".

(٤) في: ز "العوض".

(٥) في: أ "وغيره".

(٦) قال النووي في الروضة ٢٧٤/١٢ "فإذا قلنا: لا يتقاضان. و لم يبدأ أحدهما بتسليم ما عليه حبس حتى يسلما، ذكره صاحب "الشامل" وغيره" والله أعلم

المسألة الرابعة لو أوصى المكاتب.

(قال [الغزالي]: ولو أوصى برقبة المكاتب لم يجز إلا أن يضيف إلى حالة العجز فيصح على أحد الوجهين، فإن[١] أوصى بالنجوم جاز من الثلث، وللوارث تعجيزه، وإن أنظر الموصى له، وإن أوصى برقبته[٢] فللموصى له تعجيزه عند العجز، وإن أنظر الوارث.

ولو قال: ضعوا عن المكاتب ما شاء فشاء الكل، لم يوضع الكل على الأصح بل يبقى شيء كما لو قال: ضعوا عن كتابته ما شاء).

[قال الرافعي]: في الفصل مسألتان:

إحداهما في الوصية بالمكاتب وبالنجوم: أما الوصية بالمكاتب، وهي جائزة على القديم الذي يجوز فيه البيع.

وعلى الجديد وهو المذكور في الكتاب وهي[٣] باطلة، لأنه ممنوع من التصرف في رقبته ومنفعته فأشبه ما إذا أوصى بعبد الغير، فإن قال: إن عجز مكاتبي هذا، وعاد إلى الرق فقد أوصيت به لفلان، فقد حكى الإمام وجهاً أنها[٤] لاتصح أيضاً اعتباراً بحال التعليق، وقياساً على ما لو قال: إن ملكت عبد فلانٍ، فهو حر[٥].

والأصح:[٦] وهو الذي أورده الجمهور: أنها صحيحة كما لو أوصى بثمرة نخلته، وحمل جاريته، وكما لو قال: إن ملكت عبد فلان، فقد أوصيت به.

والإمام طرد الخلاف في هذه الصورة، وجعلها أولى بالمنع، لأن له تعلقاً بالمكاتب في الحال.

وإذا قلنا: بالأصح فلو عجز فأراد الوارث إنظاره، فللموصى له تعجيزه ليأخذه وإنما يعجزه بالرفع إلى الحاكم كما ذكرنا في المجني عليه، وأما الوصية بالنجوم على

---

(١) في: ز "وإن" وفي: ب، ظ "ولو".
(٢) في: ب، ظ "برقبة".
(٣) "هي" ليست في: أ.
(٤) في: أ "أنه".
(٥) انظر: النهاية ٢٥، ٢٦، ٢٧ مجلد ٢- لوحة ٣١٨/ب، والتهذيب ٨/٤٥٩.
(٦) انظر: الوسيط ٧/٥٣٣ والروضة ١٢/٢٧٤.

المكاتب، فهي صحيحة، وإن لم تكن مستقرة كما تصح الوصية بالحمل، وإن لم يكن مملوكاً في الحال، فإن أداها فهي للموصى له، وولاء[1] المكاتب للسيد، وإن عجز فللوارث تعجيزه، وفسخ الكتابة، وإن أنظره الموصى له.

وهل للموصى له إبراؤه عن النجوم؟

أبدى القاضي ابن كج فيه احتمالين: ويرويان عن القاضي الحسين: أحدهما نعم لأنه يملك الاستيفاء فيملك الإبراء.

والثاني: لا، لأنه ملكه استيفاء النجوم، و لم يملكه تفويت الرقبة على الورثة.

ولو أوصى لواحد برقبته إن عجز ولآخر بالنجوم، صحت الوصيتان، ثم إن أدى المال بطلت الوصية الأولى، وإن رق بطلت الثانية.

ولو أوصى لإنسان بما يعجله مكاتبه فلم يعجل شيئاً وأدى النجوم في محلها بطلت الوصية، ولا يجبر على التعجيل لتنفيذ الوصية، هذا في الكتابة الصحيحة.

أما إذا كاتب عبده كتابة فاسدةً ثم أوصى برقبته، فإن كان عالماً بفساد الكتابة صحت الوصية.

قال الصيدلاني وغيره: وتتضمن الوصية فسخ الكتابة.

وإن كان يظن صحتها ففي الوصية قولان:

أحدهما: لا تصح، لأنه أوصى، وعنده أن ما يأتي به لغو.

والثاني: أنها صحيحة اعتباراً بحقيقة الحال.

وهذا أشبه عند المزني وغيره ومنهم من طرد القولين فيما إذا كان عالماً بفساد الكتابة الفاسدة كالصحيحة في حصول العتق وغيره بخلاف ما إذا باع[2] بيعاً فاسداً ثم أوصى بالبيع، وهو عالم بفساد البيع تصح الوصية قولاً واحداً، لأن البيع الفاسد، ليس[3]

---

(١) في: أ "ولاء".

(٢) في: ز "باع عبداً بيعاً".

(٣) "ليس" ليست في: ظ.

كالصحيح.

وأما إذا أوصى بالبيع جاهلاً بفساد البيع فهو على القولين في الوصية.

ولو باع المكاتب كتابة فاسدة أو المبيع بيعاً فاسداً أو وهب أو رهن، وهو جاهل بالفساد فطريقان.

أحدهما: طرد القولين.

والثاني: القطع بالفساد بخلاف الوصية لأنها تحتمل من الحظر مالا يحتمله البيع، والرهن، والخلاف في هذه الصورة كالخلاف فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حيٌّ فبان أنه ميت.

وفي معناها إذا وكل وكيلاً بشراء عبدٍ ثم باعه، وهو لا يدري أن الوكيل قد اشتراه أو باع مال يتيم وهو لا يدري أن أباه جعله[١] وصياً له فبان أنه جعله وصياً[٢].

المسألة الخامسة الوصية بوضع النجوم عن المكاتب

المسألة الثانية: الوصية بوضع النجوم عن المكاتب صحيحة معتبرة من الثلث .

فلو قال: ضعوا عنه ما عليه من النجوم أو كتابته فقضيته وضع الكل.

ولو[٣] قال: نجماً من نجومه فالاختيار للوارث يضع ما شاء من القليل والكثير، والأول والآخر.

وكذا لو قال ضعوا عنه ما قل: أو كثر أو ما خف أو ثقل[٤] فالقلة والكثرة والخفة والثقل أمور إضافية.

ولو قال ضعوا عنه ما شاء من نجوم الكتابة فشاء وضع الكل لا يوضع الكل، بل يبقى أقل ما يتمول، لأن من للتبعيض، ولو اقتصر على قوله: ضعوا عنه ما شاء نقل المزني: أنه يبقى شيء، ولا يوضع الكل، وإن شاء لأن المعنى ضعوا من كتابته ما شاء وإلا لقال: ضعوا عنه النجوم.

---

(١) في: أ "قد جعله".

(٢) في: ز "وصياً له".

(٣) في: ظ ، ب "فلو".

(٤) في: أ "أو ثقل".

وإذا كان هذا مضمراً كان كالصورة السابقة.

ومنهم من قال[١]: يجوز وضع الكل إذا شاء. كما لو قال: ضعوا عنه ما عليه إن شاء فحصل وجهان.

والأظهر: على ما ذكره[٢] في الكتاب الأول.

ولو قال ضعوا عنه أكثر ما عليه، أو أكثر ما بقي عليه، يوضع عنه نصف ما عليه وزيادة وتقدير الزيادة إلى اختيار الوارث.

وذكر الصيدلاني: أنه إذا كانت الزيادة فوق الأقل[٣] المجزيء فما زاد على ما يجري ابتداء عطية من قبل الوارث، لأن اللفظ يتناول القليل والكثير.

قال الإمام: وهذا مأخوذ عليه، بل هو تفصيل منهم.

ألا ترى أنهم لو اقتصروا على الأقل المجزيء لم يجز أن يقال: إنهم نقصوا من الوصية.

ولو قال: ضعوا عنه أكثر ما عليه[٤] أو أكثر ما بقي عليه، ومثل نصفه، فيوضع عنه ثلاثة أرباع ما عليه، وزيادة شيء.

ولو قال: أكثر مما عليه أو ما عليه وأكثر وضع عنه الكل ولغا ذكر الزيادة.

ولو كانت عليه نجوم مختلفة المقادير، والآجال، فقال: ضعوا عنه أكثر النجوم أو أكبرها روعي القدر، فإن قال: أطولها أو أقصرها روعيت المدة.

وإن قال: ضعوا عنه أوسط النجوم، فهذا يحتمل[٥] الأوسط في القدر، وفي الأجل وفي العدد، فإن اختلفت النجوم فيها جميعاً فللورثة تعيين ما شاءوا، فإن زعم المكاتب أنه أراد غيره حلفهم على نفي العلم، فإذا تساوت النجوم في القدر، والأجل حملت الوصية

---

(١) "قال" ليست في: ز.

(٢) في: أ ، ب، ظ "ذكر".

(٣) في: أ " ثلث أقل".

(٤) من "أكثر ما عليه ... زيادة شيء" ليست في: ظ.

(٥) في: أ "محتمل" وانظر التهذيب ٤٦٠/٨.

على العدد، وإذا كان العدد وتراً كالثلاثة والخمسة، فالأوسط، واحد، وإن كان شفعاً فالأوسط اثنان، كالثاني والثالث من الأربعة فيعين الوارث أحدهما هكذا أطلق ابن الصباغ وغيره.

ويجوز أن يقال: الأوسط كلاهما فيوضعان، وهذا قضية ما في "التهذيب"(١).

فرع: إذا أوصى بكتابة عبد بعد موته، فلم يرغب العبد في الكتابة تعذر تنفيذ الوصية بخلاف ما إذا أوصى بإعتاق عبد لا يحتاج فيه إلى رضاه، ولا يكاتب بدله آخر، كما لو أوصى بمال لزيد فلم يقبل(٢)، لا يصرف إلى غيره، وإن رغب، فإن خرج كله من الثلث كوتب ثم إن عين مال الكتابة كوتب على ما عيَّنه وإلا فعلى ما جرت به العادة، والعادة أن يكاتب العبد على ما فوق قيمته، وإن لم يخرج كله من الثلث، ولم يجز الوارث، فقد قيل كتابة القدر الذي يخرج من الثلث على الخلاف في كتابة بعض العبد.

والصحيح: أنه يكاتب ذلك القدر ويصح قولاً واحداً ولا يبالي بالتبعيض(٣) إذا أدت الوصية إليه.

وإن(٤) كوتب بعضه، وأدى النجوم، عتق وولاؤه للموصي، والباقي رقيق.

وإن أجاز الوارث كتابة كله، وعتق بأداء النجوم، عتق وولاؤه للموصي، والباقي رقيق.

وإن أجاز الوارث كتابة كُلِّهِ، وعتق بأداء النجوم، فولاء الكل للموصي إن جعلنا إجازة الورثة تنفيذاً، وإلا فولاء مايزيد على القدر الخارج من الثلث لهم.

ولو قال كاتبوا أحد عبيدي، لم تكاتب أمته، ولا مشكل.

وهل يكاتب الخنثى(٥) الذي ظهرت ذكورته؟ فيه طريقان.

---

(١) في: ب، ظ "الكتاب".
(٢) في: ز "يرغب فيه".
(٣) في: ظ "الوصية.
(٤) في: أ "وإذا". وفي: ز "ولو".
(٥) في: ب "الجنين".

أظهرهما: نعم.

والثاني: أن فيه قولين لبعده عن الفهم، والإطلاق.

ولو قال كاتبوا أحد إمائي لا يكاتب عبد ولا مشكل، فإن ظهرت أنوثته فعلى الخلاف.

ولو قال أحد رقيقي جاز العبد، والأمة.

وهل يجوز المشكل؟

قال المزني: نعم.

وعن رواية الربيع: المنع، فقيل فيه قولان، أو وجهان، والصحيح الأول.

هذا تمام القول في تصرفات السيد.

[الفصل الثاني: في تصرفات المكاتب وفيه صور:]

(قال [الغزالي]: أما تصرفات المكاتب فهو فيها كالحر إلا ما فيه تبرعٌ أو خطر: فلا ينفذ عتقه وهبته وشراؤه قريبهُ بالمحاباة وبيعه بالغبن، ولا يبيع بالنسيئة، ولا يرفع اليد عن المبيع قبل قبض الثمن ولا يكاتب، ولا يتزوج من عبده، ولا يتسرى[١] خوفاً من طلق الجارية ولا يتهبُ من يعتق عليه إذا لم يكن كسوباً خوفاً من النفقة والمكاتبة[٢] لا تتزوج ولا تكفر إلا بالصيام).

[قال الرافعي] القسم الثاني[٣] الكلام في تصرفات[٤] المكاتب وهو كالحر، في معظم التصرفات فيبيع ويشتري ويؤجر ويستأجر ويأخذ بالشفعة، ويقبل الهبة[٥] والصدقة ويصطاد، ويحتطب ويؤدب عبيده إصلاحاً للمال كما يَفْصِدَهُم ويَخْتِنَهُمْ.

وفي إقامة الحد عليه خلاف مذكور في الحدود.

وإذا آجر نفسه أو عبيده أو أمواله فعجزه السيد في المدة انفسخ العقد.

وفي كتاب القاضي ابن كج: وجه: أنه لايجوز أن تزيد مدة الإجارة على أجل[٦] النجوم، لأنه قد يرق وتكون المنافع فيما زاد للسيد، ولا تصح منه التصرفات التي فيها تبرع أو خطر، لأن المقصود تحصيل المعتق فيحتاط له، ولأن[٧] حق السيد غير منقطع عما في يده، فإنه قد يعجز، فيعود إلى الرِّق هذا هو القول الجملي، وفي التفصيل صور .

الصورة الأولى إعتاق وإبراء المكاتب لايصح ونحو ذلك

إحداهما: لا يصح إعتاقه ولا إبراؤه عن الديون، ولا هبته لا مجاناً ولا بشرط الثواب.

وإن صححنا الهبة بشرط الثواب، لأن في قدر الثواب اختلافاً بين العلماء، فقد

---

(١) في: أ "يشتري".

(٢) في: ب، ز، ظ "والمكاتبه".

(٣) "القسم الثاني" ليست في: ز.

(٤) انظر: الوسيط ٥٣٣/٧، والروضة ٢٧٨/١٢.

(٥) في: ز "الهدية".

(٦) في: ز "عدد النجوم".

(٧) في: ز "لأن".

يحكم الحاكم بشيء قليل، ولأن الثواب، إنما يُستحقُّ بإقباض الموهوب، وفيه خطر وسنذكر أنه لايسلم مبيعاً قبل قبض الثمن على الظاهر.

فإن كان الثواب معلوماً وكان فيه غبطةٌ فقد قال الإمام: إن قلنا هذه الهبة بيع، ولا يشترط في ثبوت الملك فيها إقباضٌ فهي مجراةٌ على قياس البيوع[١].

وإن شرطنا الإقباض فمن يشترطه[٢] لايوجبه، فلا يمتنع أن يصحح الهبة، ويمنع من الابتداء بالإقباض حتى يسبق قبض العوض بخلاف البيع نسيئة، فإنه يوجب تسليم المبيع قبل قبض الثمن.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه لا يحل له التبسُّط في الملابس والمآكل، ولا يكلف فيها التقتير المفرط أيضاً.

وليس له أن يدفع المال إلى غيره قراضاً، فإنه قد يخون، أو يموت فيضيع، وله أن يأخذه قراضاً، لأنه نوع تكسب، وكذلك[٣] ليس له أن يقرض وله أن يستقرض، وليس له تعجيل الديون المؤجلة لما فيه من تفويت الانتفاع بالمال من غير ضرورة.

الصورة الثانية ليس للمكاتب شراء أحد من أصوله وفروعه

الصورة الثانية: لا يشتري أحداً من أصوله وفروعه، لتضمنه العتق وفوات المال خلافاً لأبي حنيفة[٤]، وأحمد[٥] رحمهما الله.

ولو وهب منه قريب أو أوصى له به، فإن لم يقدر على الكسب لصغر[٦] أو زمانة وعجز، وكان يلزمه نفقته، لم يجز له قبوله.

وقيل: يجوز له قبول[٧] الزمن فقد يكتسب[٨] من غير عمل.

---

(١) في: ظ "التبرع".
(٢) في: ب، ظ، ز "يشترطه".
(٣) في: ب "ولذلك".
(٤) انظر: الهداية ٣/٢٥٧.
(٥) انظر: المغني ١٤/٥٤٤.
(٦) في: ب "لهرمه".
(٧) "له قبول" ليست في: أ.
(٨) في: أ "يكسب".

وهذا ما اختاره الصيمري فيما نقل القاضي الروياني في "الكافي" رحمهما الله: وإن كان كسوباً يقوم بكفاية نفسه، جاز قبوله، بل يستحب، لأنه لا ضرر عليه في القبول، ثم لا يعتق عليه، لأن ملكه ضعيفٌ ولكن يتكاتب عليه، فيعتق بعتقه ويرق برقه، وليس له بيعه.

وحكى الشيخ أبو علي في "شرح الفروع" وجهاً بديعاً وبعيداً عن ابن أبي هريرة أن له بيعه، ثم قال: وهذا فاسد، ولا يجوز لأحد أن يملك/أباه فيبيعه وتكون نفقته في ٦٩٤/ز كسبه، وما يفضل[١] يكون للمكاتب يستعين به في أداء النجوم، فإن مرض، أو عجز أنفق المكاتب عليه، لأنه من صلاح ملكه، وليس هذا كالاتفاق على أقاربه الأحرار حيث يمنع منه، لأن ذلك مبني على المواساة.

وإن جنى القريب على إنسان بيع في الجناية وليس للمكاتب أن يفديه بخلاف ما إذا جنى عبده، يجوز له أن يفديه، لأن الرقبة تبقى له فيصرفها إلى النجوم.

الصورة الثالثة ليس للمكاتب الشراء بالمحاباة ولا البيع بالغبن وكل ما فيه تفويت للمال

الثالثة[٢]: ليس له الشراء بالمحاباة ولا البيع بالعين لما فيه من التبرع، وتفويت المال.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أن له أن يبيع بما عزوهان كما ذكر في الوكيل ولا يبيع[٣] بالنسيئة، لأن إخراج المال عن اليد بلا عوض في الحال تبرع، وأيضاً ففيه خطرٌ وسواء باع بمثل قيمته أو أكثر، ولا فرق بين أن يستوثق بالرهن والكفيل أو لا يستوثق وكذا لا يقرض، وإن استوثق لأن الكفيل قد يفلس والرهن قد يتلف، ويحكم الحاكم المرفوع إليه بسقوط الدين.

ويجوز أن يبيع ما يساوي مائة بمائة نقداً وبمائة نسيئة، ولو اشترى نسيئة بثمن النقد يجوز ولا يرهن به، فإنه[٤] قد يتلف، وإن اشتراه بثمن النسيئة لم يجز لما فيه من التبرع.

كذلك ذكره في "التهذيب".

---

(١) مكرر: في أ "فضل".
(٢) "الثالثة" ليست في: ب، ظ.
(٣) في: ز "المبيع". وانظر: الهدايه ٣/٢٥٧.
(٤) في: ظ "لأنه".

وفي "جمع الجوامع" للروياني: أنه يجوز إذ لا غبن[١] فيه، وفرقوا بين المكاتب، وبين الولي، حيث يبيع مال الطفل نسيئة، ويرهن، ويرتهن للحاجة أو المصلحة الظاهرة وبأن[٢] المرعي هناك مصلحة الطفل، والولي منصوب لينظر له وههنا المطلوب العتق، والمرعي مصلحة السيد[٣]، والمكاتب غير منصوب لينظر له وقد ذكرنا[٤] في كتاب "الرهن" أن[٥] بعضهم سوى بينه وبين الولي في البيع نسيئة وفي الرهن، والإرتهان، فيجوز أن يعلم لذلك قوله ههنا: "ولا يبيع بالنسيئة" بالواو.

وألحق صاحب الكتاب هناك المكاتب بالولي في جواز الرهن، لكن الذي أطبق عليه عامة الأصحاب: وأورده ههنا المنع، ويشبه أن يتوسط فيقال[٦]: إن دعت ضرورة إلى البيع والرهن كما في وقت النهب فله ذلك حفظاً للمال[٧] وإن كان يرى فيه مصلحة لم يكن منه، لأنه ليس ناظر للسيد، حتى يتحمل الخطر لمصلحةٍ[٨] يراها بخلاف الولي. وا لله أعلم.

وإذا باع أو اشترى لم يسلِّم ما في يده حتى يتسلم العوض، لأن رفع اليد عن المال بلا عوض لا يخلو عن غرر، وكذلك ليس له السلم، لأن مقتضاه تسليم رأس المال في المجلس، وانتظار المسلم فيه سيما إذا كان السلم مؤجلاً.

وفيه وجه: أنه يجوز[٩] التسليم ليتسلم في الحال، أو في المجلس، ويحتمل هذا القدر، وهذا ما أورده الصيدلاني.

وعلى هذا فيجوز له السلم في الحال.

---

(١) في: أ "عتق".
(٢) في" أ "بأن".
(٣) في: أ "السبه".
(٤) في: أ "ذكر".
(٥) "أن" ليست في: أ.
(٦) في: أ "فقال".
(٧) في: أ "بمصلحة".
(٨) في: أ "بمصلحة".
(٩) "أنه يجوز" ليست في: ب، ظ.

وأطلق الإمام وجهاً: في السلم بشرط الغبطة أنه يجوز.

الصورة الرابعة ليس للمكاتب أن يكاتب عبده

الرابعة: لا يكاتب المكاتب عبده كما لا يعتقه خلافاً لأبي حنيفة[(١)] رحمه الله. ولو أدى مكاتبه إليه المال لم يعتق، لأن تعليقه غير صحيح.

الصورة الخامسة: لا يتزوج ولا يزوج.

الخامسة: لا يتزوج المكاتب ولا يزوج من عبده[(٢)] لما فيه من المؤن ولا ينكح المكاتبة أيضاً، لأنه تنتقص قيمتها، وأيضاً فلخطر الطلق وله شراء الجواري للتجارة، لكن لا يجوز له التسري خوفاً من هلاك الجارية في الطلق.

قال الإمام: وهو بمثابة منع الراهن من وطء الجارية المرهونة.

وكان شيخي: لا يبعد إجراء الوجهين في وطء الجارية التي يؤمن حبها ههنا، وهو غير مرضي، لأن المكاتب عبد والوطء يضعفه، ولا ضبط يجعل مرجوعاً فيما يجوز، ويمنع منه، فالوجه حسم الباب، وللمنع من الوطء معنى آخر وهو ضعف الملك، وعلى ما سنذكر إن شاء الله تعالى.

الصورة السادسة: إذا لزم المكاتب كفارة قتل أو ظهار ونحو ذلك كفر بالصوم

السادسة: إذا لزم المكاتب كفارة قتل[(٣)] أو ظهار[(٤)] أو يمين، فيكفر بالصوم ، دون المال، لأن ملكه ليس بتام، وهو مستحق الصرف إلى جهة أخرى.

واعلم أن الصور جميعاً[(٥)] مفروضةٌ فيما إذا لم يأذن له السيد.

فأما إذا أذن السيد في التصرفات المذكورة فسنذكر حكمه إن شاء الله تعالى في الفصل التالي لهذا الفصل.

"فرع عن القفال": أن وصية المكاتب غير صحيحة سواء أوصى بعين من أعيان ماله أو بثلث ماله، لأن ملكه غير تام على ما في يده[(٦)].

---

(١) انظر: الهداية ٢٥٨/٣ حيث قال "والقياس أن لايجوز وهو قول زفر، لأن مآله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مالٍ".

(٢) في: أ "عبيده".

(٣) في: أ "قبل".

(٤) في: ظ "الظهار".

(٥) في: أ "جميعها".

(٦) انظر التهذيب ٤٥٩/٨.

وعن أبي حنيفة[1] رحمه الله: أنها تصح إن أضاف إلى الموت والحرية وإلا لم تصح.

(قال [الغزالي]: وكل ذلك إن جرى بإذن السيد ففي النفوذ قولان، إلا العتق، ففيه طريقان.

أحدهما: طرد القولين.

والثاني: القطع بالمنع لإشكال الولاء، فإن نفذنا ففي الولاء قولان.

أحدهما: أنه للسيد.

والثاني: أنه موقوف حتى يعتق المكاتب يوماً، فيكون له، فإن مات رقيقاً استقر على السيد.

ولو مات العتيق في مدة التوقف فميراثه للسيد في قول، ولبيت المال في قول، وكتابة[2] عبده كإعتاقه في النفوذ، وفي الولاء).

في تبرعات المكاتب وتصرفاته الخطرة

[قال الرافعي]: تبرعات المكاتب وتصرفاته المخطرة كالهبة والإبراء والإقراض والقراض، والإنفاق على الأقارب والبيع بالمحاباة وبالنسيئة، وتعجيل الدين المؤجل، ونحوها، إن جرت بإذن السيد فمنقول المزني[3] والمنصوص في "الأم": أنها تصح.

وعن الربيع فيه قول آخر، ونص على أن المكاتبة إذا[4] اختلعت بإذن السيد على ما لم يجز، والخلع كالهبة، في أنه بذل مالٍ من غير عوض مالي.

واختلف الأصحاب على طريقين: قال أكثرهم: منهم ابن سريج، وابن خيران، وأبو إسحق في جميع هذه التصرفات قولان.

إما لما رواه الربيع، وإما للنصين في الهبة والتصرف فيهما بالنقل والتخريج.

---

(١) انظر: الهداية ٢٥٨/٣، وفتح القدير ١١٣/٨.

(٢) انظر: الأم ٦٤/٨، وانظر: الوسيط ٥٣٣/٧.

(٣) انظر: المختصر ٣٢٧.

(٤) في: ظ "إن".

ومنهم من نقل المنع عن نصه في "الإملاء" أحدهما أنها غير صحيحة، لأن ملك المكاتب ناقص[١]، والسيد غير مالكٍ لما في يديه فلا أثر لإجازته، كما لو وهب المريض جميع ماله، وأجاز الوارث، وأيضا فإنه يفوت غرض العتق.

وأصحهما الصحة، لأن الحق لا يعد وهما، فإذا توافقا عليه صح، كما لو وهب أحد الشريكين بإذن الآخر.

والثاني: تقرير النصين، والقطع بصحة هذه التصرفات، وببطلان الخلع، وقد ذكرنا الطريقين في "الخلع"[٢] في كتابه.

وعن أبي الطيب بن سلمة طريقةٌ قاطعةٌ بصحة الخلع أيضاً.

وإن وهب من السيد أو من[٣] ابنه الصغير فقبل، أو أقرضه، أو باع منه[٤] نسيئة أو بالمحاباة أو عجل ديناً مؤجلاً له[٥] غير النجوم فطريقان.

أظهرهما: أنه على القولين فيما إذا وهب من غيره بإذنه.

والثاني: واختاره الشيخ أبومحمد: القطع بالصحة، لأن للمكاتب أن يعجز نفسه، فيجعل جميع ما في يده للسيد، وإذا تمكن من جعل الجميع للسيد بالتعجيز، لم يبعد أن يجعل بعضه له[٦] بالهبة.

ولو وهب بإذن السيد فرجع[٧] السيد على الإذن قبل إقباض الموهوب لم يكن له إقباضه.

ولو اشترى قريبه، بإذن السيد ففي صحته القولان، فإن صححناه يكاتب عليه.

---

(١) في: ز "غير ناقص".

(٢) في: ظ "في الكلام".

(٣) "من" ليست في: ز.

(٤) في: ز "أو باعه نسيئة".

(٥) في ب: "عن".

(٦) "له" ليست في: ا.

(٧) في: ب، ظ "فيرجع". وفي ز "ورجع".

وعن أبي إسحق المروزي طريقةٌ قاطعةٌ بالصحة، لأنه قد يستفيد من أكسابه وفيه صلة الرحم.

وإعتاق: المكاتب بإذن السيد مرتب على سائر التبرعات، إذا جرت بإذنه إن لم يصححها، فالعتق أولى، وإن صححناها[١] ففيهما قولان.

أصحهما: المنع أيضاً لأنهما يعقبان الولاء[٢] والمكاتب ليس أهلاً لثبوت الولاء له[٣] كالقن.

ويحصل من هذا الترتيب طريقان، كما ذكر في الكتاب.

أظهرهما: أن فيه قولين وقد نص عليهما في "المختصر"

والثاني: القطع بالمنع.

ولو أعتق عن سيده أو عن غيره بإذنه فهو كسائر التبرعان بالإذن، ولا تجيء فيه الطريقة القاطعة، لأن المعتق عنه من أهل الولاء، فإن قلنا: بنفوذ العتق، فلمن يكون ولاء العتق؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه للسيد وبه قال: أبوحنيفة[٤] رحمه الله، لأن المكاتب ليس أهلاً للولاء، وتوقيف الولاء بعيدٌ.

وولاء المكاتب إذا عتق للسيد، فلا يبعد أن يكون ولاء معتقه له أيضاً.

وأظهرهما: أنه يوقف، لأن الولاء لمن أعتق والسيد لم يعتق، فإن عتق المكاتب كان الولاء له، وإن مات رقيقاً: كان الولاء للسيد، وإن عجز ورقَّ حكى الإمام: أنه يبقى التوقف لأنه يرتقب عتقه[٥] من وجه آخر، لأنه إذا رقَّ تبين أن تصرفه على حكم استقلال الكتابة قد انقطع، فالعتق من وجه آخر لا يتعلق بما سبق، والذي اعترض به هو

---

(١) في: ظ "وإن صححنا ففيها طريقان".

(٢) في: ب، ظ "ولاء".

(٣) "له" ليست في: ز.

(٤) انظر: الهداية ٢٥٨/٣.

(٥) من قوله "من وجوه ... ولا يرتقب عتقه" ليست في: ز.

الذي يوجد لعامة الأصحاب لا غير.

فإن جعلنا الولاء للسيد، فلو عتق المكاتب بعد ذلك ففي انجرار الولاء إليه وجهان، عن رواية أبي علي الطبري وصاحب "التقريب".

أظهرهما: المنع، وكأن السيد هو الذي أعتقه.

والثاني: حكاه الموفق بن طاهر عن تخريج ابن سريج: أنه ينجر، لأنه الذي باشر العتق.

وإن قلنا: بالتوقف، فلو مات المعتق قبل عتق المكاتب، وعوده إلى الرِّق ففي الميراث قولان عن رواية الشيخ أبي حامد.

أظهرهما: أن الميراث موقوف أيضاً.

والثاني: أنه للسيد، ولا يوقف الميراث، وإن وقف الولاء، لأن الولاء قد يثبت لشخص ثم ينتقل إلى غيره فلا يبعد فيه التوقف، بخلاف الميراث.

ومنهم من نقل بدل الثاني: أنه يصرف إلى بيت المال، كما إذا كاتب الذمي عبداً، ولحق بدار الحرب، فاسترق وعتق مكاتبه ومات يصرف ماله إلى بيت المال.

وهذا والثاني ما أورده في الكتاب وأهمل الأول الذي هو الأظهر.

وقوله: "حتى يعتق المكاتب يوماً" إلى آخره اتباعٌ لما نقله الإمام.

ويجوز أن يعلم قوله "يوماً" بالواو إشارة إلى ماهو الأظهر، وهو أنه لا يوقف حتى يعتق يوماً من الدهر، أو يموت رقيقاً بل، يوقف إلى أن يعتق بموجب الكتابة أو يظهر رقُّهُ بالعجز أو الموت.

ولو كاتب المكاتب عبده بإذن السيد، قال الإمام: يحتمل أن يلحق بهباته ويحتمل أن يلحق بتنجيز العتق.

وهذا الثاني هو الذي أورده الأصحاب ونـص رضـي ا لله عنـه عليـه في المختصر فيعود الطريقان في صحة الكتابة، والقولان في الولاء تفريعاً على الصحة إذا عتق المكـاتب الثاني قبل أن يعتق الأول، وإن عتق[1] الأول ثم الثاني، فولاء الثاني للأول.

وفي نكاح المكاتب بإذن سيده طريقان.

أحدهما: أن في صحته القولين في تبرعاته بالإذن، لأنه يلزمه المهـر والنفقـة، وفيـه بذل مال لا في مقابلة مال.

وهذا ما رجحه الإمام ويوافقه مطلق لفـظ الكتـاب، فإنـه قـال: "وكـل ذلـك إن جرى[2] بإذن السيد، ففي نفوذه قولان". ومن جملة ذلك التزوج[3].

وأظهرهما عند الأكثرين: القطع بالصحة، لأن المكـاتب أحسـن حـالاً مـن العبـد القن، والعبد القن ينكح بالإذن فالمكاتب أولى.

والمعنى فيه أن النكاح يحتاج إليه للتحصين، وسائر المصالح المتعلقة به والهبـة، ومـا في معناها لا تلتحق[4]به.

وتزويج المكاتبة صحيح على الأظهر ولابد من إذنها.

وعن القفال: أنها لا تزوج أصلاً، لأن ملك السيد فيها ناقص وهي أيضـاً ناقصـة فلا يصح أذنها، وقد ذكرنا ذلك في النكاح.

وإذا أذن السيد للمكاتب في وطء الجارية وتسريها فقد بـني ذلـك علـى أن العبـد هل يملك بالتمليك؟ إن قلنا: لا لم يحلَّ له الوطء والتسري، وهو الأصح.

وإن قلنا: نعم قيل: يحل، وقيل: يبنى على الخلاف في تبرعاته بالإذن.

وعن ابن أبي هريرة طريقةٌ قاطعةٌ بالمنع لضعف الملك.

---

(١) في: أ "أعتق".

(٢) في: أ "أجرى".

(٣) في: ب "الزوج".

(٤) في: ظ "تلحق".

وإن أذن السيد للمكاتب في التكفير بالإطعام، أو بالكسوة[1] ففيه قولان ينبيان تارة على أن العبد هل يملك بالتمليك؟.

ومنهم من بناهما على أنه هل يتبرع بإذن السيد؟ فإن أذن في الإعتاق وصححنا إعتاقه بالإذن، وتوقفنا في الولاء فيتوقف في الإجزاء أيضاً، فإن عجز بان أنه لم يجزه، وعليه أن يكفر بالصوم .

والظاهر أنه /لايجوز تكفيره بالإعتاق. ٦٩٦/ز

وعن القفال: أنه إذا أعتق بإذن السيد وجعلنا الولاء للسيد فينبغي أن يجزيء عن كفارته إذا نوى.

مسألة اشترى المكاتب من يعتق على سيده أو أوصى له فقبل

قال [الغزالي]: ولو اشترى المكاتب من يعتق على سيده صح، فإن عجز رجع إلى السيد، وعتق عليه والقن لو قبل من يعتق على سيده وقلنا ينفذ قبوله بغير إذنه لم ينفذ ههنا إن خيف وجوب النفقة في الحال، وإن لم[2] يخف بأن كان كسوباً نفذ، ولم يكن للسيد رده، وهل له رد غيره ممن يقبله عبده[3]؟ فيه وجهان[4]، فإن قلنا: له[5] رده فيندفع[6] الملك من الأصل وينقطع من حينه فيه وجهان).

[قال الرافعي]: إذا اشترى المكاتب من يعتق على سيده، كأبيه[7] وابنه، أو اتهبه أو أوصى له به فقبل، صح، وكان الملك فيه للمكاتب، وإن[8] رق المكاتب صار القريب للسيد، وعتق عليه.

ولم يقولوا: إنه يمنع من صرف المال إلى عوض[9] من عساه، يعتق على السيد،

---

(١) في: ز "أو الكسوة".

(٢) "لم" ليست في: أ.

(٣) "عبده" ليست في: ب، ظ.

(٤) ورد في: أ "فإن رجع إلى السيد وعتق عليه، ولو قيل من يعتق على سيده".

(٥) "قلنا: له" ليست في: أ.

(٦) في: ب، ظ "فيدفع".

(٧) في: أ "كاتبه".

(٨) في: ب "فإن".

(٩) في: ب، ز "غرض ".

ولا نظروا إلى لزوم النفقة إذا عتق عليه، وإنما اعتبروا الحال.

ولو اشترى بعض من يعتق على السيد، أو اتهبه أو قبل الوصية به صح أيضاً. وإذا رُقّ[١] عتق ذلك الشقص على السيد. وهل يسري إلى الباقي إذا كان السيد موسراً؟ ينظر: إن عجز المكاتب نفسه من غير اختيار السيد فلا يسري كما لو ورث بعض قريبه، وإن عجزه السيد فوجهان[٢].

أحدهما: يسري، لأنه ملك باختيار التعجيز، فصار كما لو ملك بالشراء.

والثاني: المنع، لأن قصده فسخ الكتابة ودخوله في ملكه ضمني قهري.

ولو أتهب العبد القِنُّ من يعتق على سيده بغير إذنه، فيبنى على أن اتهابه بغير إذن السيد، هل ينفذ؟ وفيه خلاف قد سبق. إن قلنا لا، فلا كلام، وإن قلنا: نعم. وهو الأظهر: فإن خيف وجوب النفقة في الحال بأن اتهب أباه الزمن والسيد موسر، لم ينفذ قبوله، لأن فيه إضراراً بالسيد، وإن لم تجب النفقة في الحال، لكون القريب كسوباً أو لكون السيد فقيراً نفذ القبول، وعتق الموهوب على السيد.

ولو اتهب بعض من يعتق على السيد بغير إذنه، وصححنا اتهابه بغير إذن السيد ولم يتعلق به لزوم النفقة، ففي صحة القبول قولان.

أحدهما: لا يصح، لأنه يعتق عليه ذلك البعض، ويسري، وفي التقويم على السيد إضرار به.

وأظهرهما: أنه يصح، ولا يسري لحصول الملك بغير اختياره، كما لو ورث.

قال الشيخ أبو علي: وخرج ابن سريج على هذين القولين، ما إذا اشترى المريض أباه بألفٍ وهو لا يملك غير الألف، وعليه دينٌ مستغرق، ففي قول: لا يصح الشراء، لأنه

---

(١) في أ "وإذا عتق رق".

(٢) "قال الشيخ البلقيني: لم يصحح المصنف هنا شيئاً ولكنه صحح في الشرط الثاني من شروط السراية أنه لا يسري، والأصح عندي أنه يسري، لأن فسخ الكتابةصدر باختياره، ويترتب على ذلك أنه مختار، لكن يعود إليه ما في يد المكاتب ومن جملة ذلك الشقص المذكور، فيعتق ذلك الشقص على السيد، ويسري ما صححه هو مقتضى نص الشافعي في "الأم" ومختصر المزني" انظر: هامش العزيز ١٣/٥٥٢.

لو صح لعتق وتلف حق الغرماء.

والثاني: يصح[1] ولا يعتق، ويباع في ديونهم.

وفي "الوسيط"[2] وجه آخر: أنه يصح، ويعتق ويسري ويجعل اختيار، العبد كاختياره كما جعل قبوله كقبوله.

و لم أجد هذا في "النهاية" ثم ذكر ههنا فرعاً في اتهاب العبد بغير إذن السيد لايختص بما نحن فيه، وهو أنا إذا صححناه يدخل الموهوب في ملك السيد، قهراً كما يدخل ما احتطبه، واصطاده.

وهل للسيد الرد بعد قبول العبد؟. فيه وجهان ذكرهما صاحب "التلخيص"[3].

أحدهما: نعم، لأن تمليك العاقل البالغ قهراً بعيدٌ.

وأقيسهما[4]: المنع، كما في الملك الحاصل بالاحتطاب. فإن قلنا بالأول، فينقطع ملكه عن وقت الردّ أو يتبين أنه لم يدخل في ملكه.

وذكر صاحب "التلخيص" فيه وجهين أيضاً، ويظهر أثرهما فيما إذا كان الموهوب عبداً ووقع هلال شوال بين قبول العبد، وردِّ السيد في زكاة الفطر.

وقوله في الكتاب "و لم يكن للسيد رده" يعني أن القريب يعتق إذا نفذ القبول و لم يكن للسيد رد الهبة، ولا دفع العتق.

وهذا لا ذكر له في "الوسيط" ولا غيره.

ولك أن تخرجه على الوجهين الآخرين عن صاحب "التلخيص".

وقوله "وهل له رد غيره ممن يقبله عبده".

---

(١) في: أ ، ب "لايصح" وهو خطأ.

(٢) انظر: الوسيط ٧/٥٣٥.

(٣) انظر: التلخيص ص ٦٦٧.

(٤) انظر: الروضة ١٢/٢٨٣.

ولو[١] قال "مما[٢] يقبله عبده" لكان أحسن.

فرعان: لابن الحداد: أحدهما: إذا وهب من المكاتب بعض ابنه أو أبيه فقبله وصححنا القبول على مامر التفصيل فيه، فإذا عتق المكاتب عتق عليه ذلك الشقص.

قال ابن الحداد: ويقومُّ عليه الباقي إن كان موسراً.

وعن القفال: أنه لا يقوَّم، لأنه لم يسر في الابتداء، فلا يسري بعده كمعسر، أعتق شقصاً له في عبدٍ ثم أيسر[٣].

قال الشيخ أبو علي: والأصح الأول، وذلك الشقص أيضاً لم يعتق في الابتداء، وإنما عتق عند عتق المكاتب، فليست السراية متأخرة عن العتق.

والثاني: اشترى المكاتب ابن سيده ثم باعه بأبي[٤] السيد يصح ويصير الأب ملكاً فإن[٥] رق المكاتب صار الأب ملكاً للسيد، وعتق عليه[٦]، فإن وجد به عيباً بعد ذلك، فلا سبيل إلى الرد، ولكن له الأرش، والأرش جزء من الثمن، فإن نقص العيب عُشْرَ قيمة الأب فيرجع إلى عشر الابن[٧] الذي هو الثمن، وإذا ملك عشر الابن[٨]، عتق عليه، وهل يقوَّم[٩] عليه الباقي؟

قال الشيخ أبو علي: إن عجز المكاتب نفسه بلا اختيار السيد لا يقوم عليه الباقي، وإن عجزه بنفسه، ففيه وجهان قد سبق نظيرهما.

قال: والأظهر المنع.

---

(١) في: ظ "فلو".
(٢) في: ظ "فما".
(٣) في: ب "لم يسر".
(٤) في: ظ "باب".
(٥) في: ز "ملكاً له".
(٦) "عليه" ليست في: ز.
(٧) في: ز "عشر الابن".
(٨) في: ز "عشر الابن".
(٩) في: أ "يقول" وهو خطأ.

وزاد الإمام فقال القسط من الابن الذي هو الأرش ينقلب إليه قهراً، أم لا يرجع إلا باختياره؟ فيه وجهان.

فإن قلنا: بالأول ففي تقويم الباقي عليه الوجهان.

وإن قلنا: بالثاني فالظاهر السراية.

مسألة: إذا استولد المكاتب جاريته

(قال [الغزالي] ولو استولد المكاتب جاريته فولده مكاتب عليه أي يعتق عليه بعتقه ويرق برقه وهل تصير الأم مستولدته إذا عتق فيه قولان).

[قال الرافعي]: عرفت أن المكاتب لا يطأ جاريته بغير إذن سيده، وكذا بإذنه على الأظهر، فلو خالف ووطيء فلا حدَّ عليه للشبهة، ولا مهر، لأن مهر جاريته لو ثبت لثبت له، فإن أولدها، فالولد نسيبٌ لشبهة الملك.

ثم لا يخلو إما أن يأتي بالولد، وهو مكاتب بعد، فيكون ملكاً له، لأنه ولد جاريته، لكن لايملك بيعه، لأنه ولده ولا يعتق عليه، لأن ملكهُ ليس بتمام، بل يتوقف عتقهُ على عتقه، إن عتق عتق، وإلا رق وصار للسيد، وهذا معنى قولهم "إن ولده يتكاتب عليه".

وهل تصير الجارية مستولدة له؟

منهم من يقول: لا تصير مستولدة في الحال، فإن عتق ففيه قولان:

ومنهم من يطلق القولين في ثبوت حرمة الاستيلاد في الحال.

أحدهما: الثبوت، ويحكى هذا عن أبي حنيفة[١]، وأحمد[٢] رحمهما الله واختيار المزني[٣]، لأنه ثبت للولد حق الحرية، حيث يكاتب عليه، وامتنع بيعه، فيثبت لها حرمة[٤] الاستيلاد.

---

(١) انظر: الهداية ٣/٢٦٠.

(٢) انظر: المقنع ص ٢٠٢.

(٣) انظر: المختصر ص ٣٢٦.

(٤) في: أ "حرية".

وأصحهما: المنع، لأنها علقت بمملوك، فأشبهت الأمة الموطوءة بالنكاح وحق الحرية للولد لم يثبت بالاستيلاد في الملك، وإنما يثبت لصيرورته ملكاً لأبيه كما لو ملك ولده بهبة وغيرها[١].

فإن قلنا: تثبت حرمة الاستيلاد في الحال، فإن عتق المكاتب استقر الاستيلاد، وإن عجز رُقّت مع الولد للسيد[٢]، فإن عتق المكاتب بعد ذلك وملكها لم تصر مستولدة له، لأن بالعجز يتبين أنها علقت برقيق، وأنه لا استيلاد فإن[٣] عجز ثم عتق، وملكها لم تصر مستولدة له، وإن عتق بأداء النجوم فكذلك على ظاهر المذهب.

وعن أبي إسحق[٤] تخريج قول مما إذا أولد الراهن الجارية المرهونة، وقلنا لا تصير مستولدة له، فبيعت، ثم ملكها حيث نقول بثبوت الاستيلاد على رأي، لكن العلوق هناك بحر، وههنا بمملوك، هذا إذا أتت بالولد وهو مكاتب.

أما إذا أتت به بعد العتق، فإن كان لما دون ستة أشهر من وقت العتق، فكذلك الجواب، لأن العلوق وقع في الرق.

وإن كان لستة أشهر فصاعداً من يؤمئذ فقد أطلق الشافعي رضي الله عنه: أنها تصير مستولدةً له.

واختلف الأصحاب فقال قائلون: هذا إذا وطئ بعد الحرية، وولد لستة أشهر، فصاعداً من يوم الوطء لظهور العلوق بعد الحرية، والولد والحالة هذه حر لا ولاء عليه إلا بالولاء على أبيه، ولا ينظر إلى احتمال العلوق في الرق تغليباً للحرية.

فأما إذا لم يطأها بعد الحرية فيكون الاستيلاد على الخلاف.

وقال آخرون: يثبت الاستيلاد، وطيء بعد الحرية، أو لم يطأ، لأنها كانت[٥]

---

(١) انظر: الوسيط ٥٣٦/٧، والتهذيب ٤٤٣/٨، والروضة ٢٨٥/١٢، ومغني المحتاج ٥٢٥/٤.

(٢) "للسيد" ليست في: ز.

(٣) في: أ ، ب، ظ "وإن قلنا لا يثبت".

(٤) في: ظ "عن ابن سريج".

(٥) في: أ "لو كانت".

فراشاً قبل الحرية، وذلك الفراش مستدام بعدها، وإمكان العلوق بعد الحرية قائم فيكتفي به لثبوت الاستيلاد.

والأول: أصح على ما ذكره صاحب "التهذيب"[(١)].

(١) انظر: التهذيب ٤٤٣/٨، والروضة ٢٨٥/١٢.

[في الحكم الرابع: حكم ولد المكاتبة إذا كان من نكاحٍ أو زناً]

(قال [الغزالي]: الحكم الرابع: حكم الولد: وفي سراية الكتابة من المكاتبة إلى ولدها الذي تلد بعد الكتابة من زنا أو نكاح قولان، كما في سراية التدبير، إلا أن هذا يعتق بعتق الأم، وولد المدبرة لايعتق بعتقها بل بموت السيد، وهذا[١] يعتق بعتق الأم في دوام الكتابة فإن قلنا: يسري فحق الملك فيه للسيد في قول، وكأنه مكاتبةٌ حتى يصرف إليه بدله إذا قتل[٢] وينفذ إعتاقه، ويصرف إليه كسبه مهما رق، وتلزمه[٣] نفقته إن لم يكن له كسب، وفي قول هو من كسب المكاتبة فيكون كسائر عبيدها، وأما ولد المكاتب من جاريته فهو كسب له قولاً واحداً لا ينفذ فيه إعتاق السيد، لكن لو جنى لم يكن له أن يفديه، لأن فداه كشرائه، فإنه[٤] لاينفذ تصرفه في ولده بل يكاتب عليه).

[قال الرافعي]: كتابة الأمة صحيحة ككتابة العبد، وإذا كاتب أمة لها ولد، فلا يخفى بقاء الولد على ملك السيد، فإن شرطا أن يكون الولد معها في عقد الكتابة، فالكتابة فاسدة، لكن إذا أدت عتق الولد أيضاً بموجب التعليق.

وإن كان في يدها مال وشرطا أن يكون المال لها، فقد حكى القاضي ابن كج: أن الشافعي[٥] رضي الله عنه نص على فساد الكتابة، وفرق بين الولد والمال على أحد القولين فإن المال من جنس كسبها الذي يكون لها بالكتابة فجاز أن يصير لها بالشرط، ولك أن تقول: هذه صورة كتابة الرقيق، والبيع منه بعوض واحد وقد سبق القول فيه.

وإن كانت حاملاً عن الكتابة وتيقن ذلك بأن ينفصل لما دون ستة أشهر من يوم الولادة، فقد ذكرنا أنا إذا قلنا: إن الحمل لا يعرف، فهو كالولد الحادث بعد الكتابة وسنذكر حكمه على الأثر إن شاء الله تعالى.

---

(١) في: ز، ظ "وهل".
(٢) في: ز "يعتق".
(٣) في: أ "فيلزمه".
(٤) في: ز "فلا ينفذ".
(٥) انظر: الأم ٥٨/٨، والوسيط ٥٣٧/٧، والتهذيب ٤٤٣/٨، والروضة ٢٨٥/١٢.

وإن قلنا يعرف، فحكاية القاضي ابن كج: أن عقد[١] الكتابة يصير كأنه[٢] توجه[٣] نحوها ونحوه، فإذا عتقت عتق الولد، ونقل صاحب "التهذيب": أنه لا تثبت الكتابة للولد. لأن الصغير لا يكاتب بخلاف مثله من التدبير، فالصغير يدبر.

ثم قال: من عنده وجب أن يثبت حكم الكتابة له، لا على سبيل السراية، بل على وجه الاستتباع كما يتبع الحملُ الجارية في البيع، وإن كان لا يقبل البيع وحده.

وهذا ما نقله ابن كج: وإن حدث الولد بعد الكتابة فهذا الولد إما أن يكون من السيد، أو من غيره، إن كان من السيد فالحكم ما سيأتي إن شاء الله تعالى في الفرع المذكور عقيب[٤] هذا الفصل.

وإن كان من غيره، إما من زنا أو نكاح، ففيه قولان:

أحبهما إلى الشافعي رضي الله عنه وهو المنصوص[٥] في "المختصر"[٦] أنه يثبت له حكم الكتابة حتى يعتق بعتق الأم إما بالأداء أو بالإبراء أو الإعتاق، لأن سبب الحرية كحقيقتها في استتباع الأولاد، ألا ترى أن أولاد المستولدة يتبعونها، ولأن الولد كسبها فيتوقف أمره على رِقها وحريتها كسائر أكسابها.

والثاني: لا يثبت، لأن الكتابة عقد يقبل الفسخ، فلا يثبت حكمه في الولد، كما أن ولد المرهونة لايكون مرهوناً، ويحكى هذا عن نصه رضي الله عنه في بعض "أماليه" وعن أبي إسحاق: أنه قطع بالقول الأول، وقال: إذا اختاره الشافعي رضي الله عنه وجب أن يكون القول الآخر ساقطاً.

وقوله في الكتاب: "ففي سراية الكتابة إليه قولان" ليس المقصود نصب الخلاف في أنه هل يصير الولد مكاتباً فقد نص الأصحاب: على أنه لايدخل في الكتابة، ولا

---

(١) في: ب "عند".

(٢) في: أ "كتابه".

(٣) في: ب، ظ "توجيه".

(٤) في: ز "عقب".

(٥) انظر: الأم ٥٨/٨.

(٦) انظر: المختصر ص ٣٢٤.

يطالب بشيء من النجوم، وكيف ولم يوجد منه قبول ولا جرى معه عقد، قالوا: ويخالف التدبير، حيث يسري على أحد القولين، لأن التدبير يتعلق بقول السيد ولا يعتبر فيه، رضا العبد، ولذلك إذا عجزت المكاتبة أو ماتت بطلت الكتابة، وكان الولد رقيقاً للسيد، بلا خلاف.

وفي التدبير إذا ماتت المدبرة قبل السيد يبقى التدبير في الولد على أحد القولين، فإذاً في اللفظ توسع والمقصود أنه هل يتبعها في العتق بعتقها والرق برقها أم لا؟ ويوضحه ما ذكر في الكتاب أن ولد المدبرة لا يعتق بعتق الأم بل يعتق بما تعتق به الأم وهو موت السيد بسراية[1] التدبير، وولد المكاتبة يعتق بعتق الأم بالتبعية من غير أداء منه ولا إبراء، ولا إعتاق.

وقوله: "تعتق الأم في دوام الكتابة" يشير إلى أنه إنما يعتق بعتق الأم، إذا اعتقت عن جهة[2] الكتابة حتى لو فسخت الكتابة، ثم عتقت الأم لا يعتق الولد. وفي لفظ[3] الكتاب زيادة فإنه قال: "لا أن هذا يعتق بعتق الأم"، ثم قال آخر "أو هذا يعتق بعتق الأم في دوام الكتابة.

والثاني: مغنٍ عن الأول.

التفريع: إن قلنا لايثبت للولد حكم الكتابة فهو قنّ للسيد، له بيعه وإعتاقه عن الكفارة والوطء إن كان الولد جاريةً ولا يعتق بعتق الأم.

وإن قلنا: يثبت فحكم الملك فيه لمن هو؟ فيه قولان:

أشبههما عند الشافعي رضي الله عنه: أنه للسيد، كما أن حق الملك في الأم له، وكما أن حق الملك في ولد أم الولد للسيد[4]، والثاني وهو اختيار المزني[5] رحمه الله: إنه

---

(١) في: ز "لسراية".
(٢) في: أ "من".
(٣) "لفظ" ليست في: أ.
(٤) انظر: الأم ٨/٥٨.
(٥) انظر: المختصر ٣٢٤.

للمكاتبة، لأنه يتكاتب عليها فيكون حق الملك فيه لها كما أن حق الملك في المكاتب للسيد، ولأنه لو كان للسيد لما عتق بعتقها، ويتفرع على[1] القولين صور:

منها: إذا قتل الولد فعلى القول الأول تكون القيمة للسيد، كقيمة الأم لو قتلت.

وعلى الثاني: تكون[2] للمكاتبة تستعين به في أداء النجوم.

وحكى الصيدلاني وجهاً: أنها تكون للسيد، أيضاً، لأن القتل[3] يقطع أثر الكتابة، فيموت رقيقاً له[4].

والأول أظهر:

ومنها: كسب الولد وأرش الجناية عليه فيما دون النفس، ومهر الوطء بالشبهة إذا ولدت المكاتبة جارية ما حكمها؟ إن قلنا: بالقول الأول فقد قيل: إنها تصرف إلى السيد بلا توقف، كما تصرف إليه القيمة إذا قبل على هذا القول.

والصحيح: أنها توقف فإن عتقت المكاتبة وعتق الولد، فهي له، وإلا فللسيد، كما أنَّ كسب الأم إن عتقت يكون لها، وإلا فللسيد.

وأيضاً فإنا وإن جعلنا حق الملك فيه للسيد، فليس له التصرف فيه بالبيع وغيره، بل يتوقف إلى أن يتبين أمره في الحرية فليكن كسبه لنفسه[5].

ثم إن أرقت الأم نفسها مع القدرة على أداء النجوم، فقال الولد أودي نجوم أمي من كسبي لتعتق فأعتق.

قال في "النهاية": لا يمكن منه لأنه بائع لا اختيار له في العتق[6].

---

(١) "على" ليست في: أ.

(٢) في: أ "يكون".

(٣) في: أ "القطع".

(٤) "له" ليست في: ز.

(٥) في: ب "كنفسه".

(٦) انظر: النهاية ٢٥، ٢٦، ٢٧ مجلد ٢ - لوحة ٣٠٤/ب.

وإن عجزت فأرادت أن تأخذ من كسب ولدها الموقوف، وتستعين به في أداء النجوم، فهل يجاب؟ فيه قولان.

أحدهما: نعم، لأنها إذا رقت رق الولد وأخذ السيد كسبه، وإذا عتقت عتق، وقد يفضل شيء من الكسب ففي إجابتها حظ للولد.

وأصحهما على ماذكر الإمام: المنع، لأنه لا حق لها في كسبه على هذا القول، فإن[١] مات الولد في دوام التوقف، ارتفع الوقف وصرف الموقوف إلى السيد على هذا القول.

وإن قلنا: بأن حق الملك فيه للأم فالكسب والأرش والمهر لها تستعين بها[٢] في أداء النجوم، ويصرف ما يحصل إليها يوماً بيوم بلا توقف.

ومنها: تفقه الولد على السيد، إن قلنا: يصرف الكسب، إليه في الحال، وإن قلنا: يوقف فينفق عليه من كسبه، ويعالج جرحه، ويكفي مؤنة فما[٣] فضل فهو للذي يوقف.

فإن لم يكن له كسب، أو لم يف بالنفقة ففيه وجهان:

أصحهما: أنه على السيد، لأن حق الملك له.

والثاني: ينفق عليه من بيت المال، لأن تكليفه النفقة من غير أن يصرف إليه الكسب في الحال إجحاف به، وإن قلنا: إنه يصرف الكسب إلى الأم فالنفقة عليها[٤].

ومنها: لو أعتق السيد الولد، فإن قلنا: حق الملك له، وقلنا: إن الكسب يصرف إليه في الحال أو قلنا يوقف، ومنعناها من أخذه لأداء النجوم، فينفذ إعتاقه.

فإن[٥] جوزنا لها الاستعانة بالموقوف فوجهان.

أظهرهما: أنه لا ينفذ لئلا يقطع حقها من كسبه.

---

(١) في: أ "وإن".

(٢) في: ب "بهما".

(٣) في: ز "وما".

(٤) في: ز "في الحال" خطأ.

(٥) في: ز "وإن".

وإن قلنا: إن حق الملك في الولد للأم لم ينفذ إعتاقه.

وقوله في الكتاب "وينفذ إعتاقه" يجوز أن يعلم بالواو، لما ذكرنا من الوجهين في نفوذ العتق إذا جوزنا لها الاستعانة بالكسب الموقوف، مع التفريع على أن حق الملك فيه للسيد.

وقوله "ويصرف كسبه إليه مهما رق" وهذا لا يختص بقولنا: إنَّ الملك فيه للسيد، بل إذا رق برق الأم فكسبه مصروف إلى السيد سواء قلنا: إن حق الملك فيه للسيد، أو للأم.

وقوله: "وأما ولد المكاتب، من جاريته" إلى آخره" فاعلم: أنه لما ذكر القولين في ولد المكاتبة أراد أن يبين أن ولد المكاتب من جاريته يفارق حكمه حكم ولد المكاتبة، فحق الملك فيه للمكاتب بلا خلاف حتى يصرف كسبه إلى المكاتب بلا خلاف، ولا[1] ينفذ إعتاق السيد فيه، ونفقته على المكاتب وإنما كان كذلك، لأن هذا الولد ولدته[2] أمته وهي ملك له، وإذا ولدت أمة المكاتب من زنا أو نكاح[3] فهم عبيده، نازلون منزلة سائر أكسابه، وهذا بمثابتهم، إلا أنه لا يتبعه، ويتكاتب عليه بسبب القرابة فيعتق بعتقه، ويرق برقه.

وإذا عتق المكاتب وتبعه هذا الولد وفي يده كسب فالكسب للمكاتب لا للولد.

ولو كان للولد توقف، ولو جنى هذا الولد جناية وتعلق الأرش برقبته، فقد حكى الإمام عن العراقيين: أنه إن كان له كسب، فله أن يفديه من كسبه، وإن لم يكن له كسب وأراد بيعه، فله أن يبيع كله.

وإن زاد على قدر الأرش يصرف قدر الأرش إلى المجني عليه، ويأخذ الباقي.

ثم غلط من صار إليه وقال: الصحيح أنه لا يفدي ولده، وإن كان يفديه من كسبه، لأن كسب الولد كسائر أموال المكاتب، والفداء كالشراء، فليس له صرف المال

---

(١) في: أ "وإلا" وهو خطأ.

(٢) في: ز "ولد".

(٣) في: ز "أو نكاح أولاداً".

الذي يملك التصرف فيه إلى عوض ولده الذي يملك التصرف فيه، فإنه بمثابة التبرع.

قال: والصحيح أنه إذا باع لا يبيع منه إلا قدر الأرش كما أن العبد المرهون إذا جنى يباع منه بقدر الجناية، ولا يزاد.

وليعلم لما بينا قوله في الكتاب "لم يكن له أن يفديه" بالواو.

وقوله: "فإنه لا ينفذ تصرفه في ولده" هذا توجيه إلحاق[١] الفداء بالشراء. المعنى: أنه لا ينفذ تصرفه في الولد إذا فداه، بل يتكاتب عليه كما لا ينفذ إذا اشتراه، وكما لا يصرف المال الذي يملك التصرف فيه بالبيع ونحوه إلى شراء الولد، لا يصرفه إلى فدائه.

وفي بعض النسخ "ولا ينفذ تصرفه في ولده" وهو صحيح أيضاً. المعنى: أن ولده من جاريته كسائر عبيده، وأكسابه، إلا أنه إذا جنى لم يكن له فداؤه[٢] وإلا أنه لا ينفذ تصرفه فيه بالبيع ونحوه بل يتكاتب عليه.

وولد المكاتبة من عبدها يشبه أن يكون كولد المكاتب من جاريته، وأولاد بنت المكاتبه كأولادها.

فرعان: أحدهما: إذا اختلف السيد والمكاتبة، في ولدها فقال السيد: ولدته قبل الكتابة فهو رقيق لي.

وقالت: بعد الكتابة[٣] وقد يكاتب[٤] تفريعاً على القول الأظهر، وكان كل واحد من الأمرين محتملاً، فإن أقام أحدهما بينه قضى بها.

قال في: "التهذيب" وإذا أقام السيد أربع نسوة على ما يقول، قبلت شهادتهن، لأنها شهادة على الولادة والملك يثبت ضمناً.

وإن أقام كلٌّ واحد بينةً على ما يقوله فالصورة من صور التعارض[٥]، وإن لم

---

(١) في: أ "المحلق". خطأ.

(٢) من "إلا أنه إذا جني لم يكن له فداؤه" ليست في: ب، ظ.

(٣) "بل" ليست في: أ.

(٤) في: ز "يتكاتب".

(٥) في: ب "التقاص".

تكن بينة فيصدق[١] السيد بيمينه لأنه اختلاف في وقت الكتابة، فيصدق فيه السيد، كالاختلاف في أصل الكتابة.

ولأن الأصل جواز التصرف فيما يحدث من[٢] ملكه وهي تدعي حدوث مانع منه.

والثاني: زوج أمته من عبده ثم كاتب العبد ثم باع منه زوجته، وأتت بولد واختلف السيد، والمكاتب.

فقال السيد: ولدت قبل الكتابة فهو قنٌّ لي.

وقال المكاتب: بل بعد الكتابة والشراء وقد تكاتب[٣] علي[٤] فيصدق المكاتب بيمينه بخلاف ما ذكرنا في الفرع السابق، لأن المكاتب ههنا[٥] يدعي ملك الولد، لما مر أن ولد أمته ملكه، ويده مقرة[٦] على هذا الولد، واليد تدل على الملك فصار كما لو كان في يده مال، وادعاه السيد، والمكاتبة هناك لا تدعي الملك، ولا تقر يدها[٧] على الولد، وإنما تدعي توقف أمره وثبوت حكم الكتابة فيه، ولا دلالة لليد على ما يدعيه.

آخر: حكى الصيدلاني: أن الشافعي[٨] رضي الله عنه قال: لو أتت بولدين أحدهما قبل الكتابة، والآخر بعدها، فهما للسيد لأنهما حملٌ واحدٌ وكذا لو أتت بأحدهما من يوم ملك الأم لأقل من ستة أشهر، وبالآخر لأكثر فهما للسيد.

وأنَّ الشيخ أبا زيد: أفتى بذلك.

---

(١) في: ز فالمصدق.

(٢) في: أ "في".

(٣) في: ظ "وقد يكاتب".

(٤) "على" ليست في: ظ.

(٥) في: ب، ظ "هناك".

(٦) في: ز "مقرره".

(٧) في: ظ "ولدها". خطأ.

(٨) انظر: الأم ٥٧/٨. حيث قال رضي الله عنه "ولو أقام السيد البينة على ولدين ولدا للمكابتة في بطن أحدهما ولد قبل الكتابة، والآخر بعدها كانا مملوكين للسيد لأنه إذا رق له أحدهما رق الآخر، لأن حكم الولدين في البطن حكم واحد".

والصحيح: أن كلام الشافعي[1] رضي الله عنه مؤول، وإن الحمل يتبع الأم في البيع كيف كان حتى لو وضعت ولداً، وفي بطنها آخر فبيعت، فالولد الثاني مبيع، معها، وإن كان الأول للبائع.

وهذا ما أورده صاحب التهذيب[2].

مسألة إذا وطء السيد مكاتبته

(قال [الغزالي]: فرع إذا وطيء السيد مكاتبته فقد تعدى، ولكن لا حدَّ، ويجب المهر، وقيمة الولد إن قلنا: إن ولدها كسبها، فإن ولدت بعد العجز والرق أو بعد العتق[3] فلا شيء لها، ثم هي مستولدة ومكاتبة فإن أدت النجوم عتقت، وإلا عتقت بموت السيد).

[قال الرافعي]: السيد ممنوع من وطء مكاتبته لاختلال ملكه فيها، ولو شرط في الكتابة أن يطأها، فسد العقد خلافاً لمالك رحمه الله: حيث قال "يصح العقد ويلغوا الشرط"[4].

ولأحمد[5] رحمه الله حيث قال "بصحتهما"[6].

ثم إن خالف ما ذكرناه ووطيء مكاتبته فلا حد عليه سواء كان عالماً بالتحريم، أو جاهلاً، لأن له فيها ملكاً وإن كان ضعيفاً، ألا ترى أنه ينفذ إعتاقه فيها، ويجيء قولٌ قديمٌ في وجوب الحد ذكرناه في باب[7] "حد الزنا"[8] وقد أشار إليه أبو الفرج السرخسي ههنا فيجوز أن يعلم قوله "ولكن لا حدَّ" بالواو، ويعزر إن كان عالماً بالتحريم، وكذلك المكاتبة وفي كتاب القاضي ابن كج رحمه الله: حكاية وجه أنه لا يعزر، وإن كان عالماً للشبهة في المحل، وحق هذا أن يطرد في نظائره.

---

(١) الوسيط: ٥٣٧/٧، التهذيب ٤٤٣/٨، والروضة ٢٨٦/١٢.

(٢) انظر: ٤٤٣/٨.

(٣) "أو بعد العتق" ليست في: أ.

(٤) انظر: مختصر خليل، ص ٢٩٨.

(٥) انظر: المقنع ص ٢٠٢.

(٦) في: ب ، ظ "بصحتها".

(٧) في: ب "كتاب".

(٨) انظر: الوجيز ١٧٠/٢، والعزيز ١٤٦/١١.

ويجب المهر في صورتي العلم والجهل، إن كانت هي مكرهةً، وإن طاوعته، ففي وجه لايجب المهر لأنها أهدرت نفسها بلا عوض وعن "المنهاج" ترجيح هذا الوجه.

والصحيح، وهو المنصوص في "الأم" أنه يجب مع الطواعية لأن المسقط للحد شبهة الملك، وهي تقتضي وجوب المهر مع الطواعية، كشبهة الملك[1].

وعن مالك[2]: أنه لا حد بحال.

لنا أن منافع بعضها لها ألا ترى أنه لو وطئها غيره بشبهة كان المهر لها، وإذا وجب المهر، فلها أخذه في الحال، فإن حلَّ عليها نجم وهما من جنس واحد فعلى الخلاف في التقاص.

وإن عجزت قبل أخذه سقط، وإن عُتِقَتْ بأداء النجوم، فلها المطالبة به.

ولو أن السيد أولدها فالولد حر، لأنها علقت به في ملكه وتصير هي مستولدة له.

وهل عليه قيمة الولد؟

إن قلنا: إن ولد المكاتبة قِنٌّ للسيد، أو قلنا: يتكاتب لكن حق الملك فيه للسيد، فلا شيء عليه كما لو قتل ولد المكاتبة.

وإن قلنا: الحق لها فعليه القيمة وتستعين المكاتبة بها فإن عجزت قبل الأخذ سقطت وإن عتقت أخذتها، وإن[3] ولدت بعدما عجزت، ورقت فلا شيء لها، وكذا لو ولدت بعدما عتقت، لأنه حين تعذر تقويمه[4] ليس بكسب مكاتبة.

وقوله في الكتاب: "أو بعد العتق" في بعض النسخ أو "بعد الموت" أي بعد موت السيد، فإنها تعتق بموته من جهة أنها مستولدة ثم لا ترتفع الكتابة بإيلادها، بل هي

---

(١) انظر: الأم ٥٩/٨، والوسيط ٥٣٨/٧، والروضة ٢٩١/١٢، ومغني المحتاج ٥٢٥/٤.

(٢) انظر: مختصر خليل ص ٢٩٨.

(٣) في: ز "ولكن".

(٤) في: أ، ب "تقومه".

مستولدة ومكاتبة فإن عجزت ثم مات السيد عتقت عن الاستيلاد والأولاد الحادثون بعد الاستيلاد من النكاح[1] أو الزنا يتبعونها، والحاصلون قبل الاستيلاد أرقاء للسيد.

وإن مات السيد قبل عجزها عتقت.

قال: في "التهذيب" ويتبعها أكسابها، وتعتق عن الكتابة أو الاستيلاد فيه وجهان.

أصحهما: عن الكتابة كما لو أعتق السيد المكاتب أو أبرأه عن النجوم وعلى هذا فالأولاد الحادثون بعد الكتابة، وقبل الاستيلاد، هل يتبعونها؟ فيه الخلاف السابق.

والثاني: أنها تعتق عن الاستيلاد، لأنه آكد.

وأجرى هذا الخلاف فيما إذا عَلّقَ عتق المكاتب بصفة ووجدت الصفة قبل أداء النجوم وفيما إذا تقدم الاستيلاد على الكتابة. قال في: "التهذيب" وإذا استولد ثم كاتب وأدت النجوم فالأكساب الحاصلة بعد الكتابة تتبعها والحاصلة قبل الكتابة للسيد، والأولاد الحاصلون بعد الاستيلاد يتبعونها، وهذا مبنيٌّ على أن كتابة المستولدة جائزة وفيه خلاف قد[2] تقدم.

فرعان: أحدهما: ليس للسيد وطء أمة مكاتبه أو مكاتبته، فإن وطئها فلا حد عليه للشبهة، فإنه يملك سيدها ويلزمه المهر للمكاتب، أو المكاتبة فإن أكسابها لسيدها، والمهر من أكسابها، وإن أولدها فالولد حر نسيب وتصير الأمة مستولدة له.

قال في "الشامل" ويجب عليه قيمتها لسيدها لأنها ملكه، ولا يجب عليه قيمة الولد لأنها وضعته في ملكه ويجيء فيه الخلاف الذي سبق.

والثاني: للسيد وطء بنت المكاتبة إن لم يثبت حكم الكتابة في ولد المكاتبة، وإن أثبتناه فليس له وطئها ولكن لاحد عليه والمهر مبنيٌّ على الخلاف السابق في الكسب إن قلنا: إنه يصرف إلى السيد في الحال فلا مهر عليه.

وإن قلنا: إنه للأم فكذلك المهر، وإن قلنا بالتوقف فينفق منه عليها ويوقف الباقي، فإن عتقت بعتق الأم فهو لها، وإن عجزت فهو للسيد.

---

(١) في: ب "بالنكاح".
(٢) "قد" ليست في: ز.

وإن أولدها صارت مستولدة له والولد حر نسيب، ولا يجب عليه قيمة المستولدة لأمها، لأن الأم لا تملكها، وإنما يثبت[1] لها حق العتق بعتق الأم، وقد تأكد ذلك بالاستيلاد.

هكذا ذكره ابن الصباغ رحمه الله، وقد سبق في مثلها[2] قولان، في أنه: هل تجب القيمة للأم؟ فينبغي أن يكون ههنا كذلك.

قال: في "التهذيب" ويبقى حكم الكتابة فيها حتى تعتق بعتق الأم ويكون الكسب لها إذا جعلنا الحق فيها[3] للأم.

فإن مات السيد عتقت البنت بموته، وتؤخذ القيمة من تركته للأم إذا جعلنا الحق لها، كما في القتل، وقيمة الولد على ما ذكرنا في ولد المكاتب.

[مسألة في الأمة المشتركة بين اثنين يطؤهما أحدهما]

[قال الرافعي] وتتعلق بالفصل مسألة طويلة الذيل أورد لها في "المختصر"[4] باباً صالحاً، وهي: القول في الأمة المشتركة، إذا كاتبها مالكاها معاً ثم وطئها أحدهما، وحكم الحدود، والتعزير، ولزوم المهر على الواطيء كما ذكرنا في المالك الواحد.

ثم إن لم يحل عليها نجم فلها أخذ المهر في الحال، وإن حلَّ فإن كان معها مثل المهر فيدفعه إلى الذي لم يطأ، وفي المهر، ونصيب الواطيء من النجم الذي حل الخلاف[5] في التقاص.

وإن لم يكن معها شيء آخر فنصف النجم للواطيء مع المهر على الخلاف في التقاص والنصف الآخر يدفع إلى الذي لم يطأ.

---

(١) في: أ "وإنه ثبت".

(٢) في: أ "قتلها".

(٣) في: ب "حق العين".

(٤) انظر: المختصر ص ٣٢٦، وانظر: الحاوي ٢٢/٢٥٠، والوسيط ٧/٥٣٨، والتهذيب ٨/٤٤٩، والروضة ١٢/٢٩٢.

(٥) في: أ "خلاف".

وإن عتقت المكاتبة قبل أخذ المهر، وصيرورته قصاصاً أخذته، وإن عجزت بعد أخذه فإن بقي فهو للسيد، وإن تلف فقد تلف من ملكهما.

وإن عجزت قبل أخذه فإن كان في يدها بقدر المهر مال أخذه الذي لم يطأ[١] وبرئت ذمة الواطيء، وإن لم يكن معها شيء فللذي لم يطأ أن يأخذ نصف المهر، من الواطيء، لأنه وطيء جارية مشتركة بينهما.

فإن أحبلها نظر إن ادعى الاستبراء وحلف عليه، وأتت بولد لستة أشهر فصاعداً من وقت الاستبراء، لم يلحقه، وهو كولد المكاتبة من الزوج، أو الزنا وقد[٢] مر حكمه.

وإن لم يدع الاستبراء أو أتت بالولد لما دون ستة أشهر فالولد ملحق به ويثبت الاستيلاد في نصيبه من الأمة مع بقاء الكتابة فيه ثم هو إما معسرٌ أو موسر.

إن كان معسراً فلا يسري الاستيلاد إلى نصيب الشريك، وليس فيه إلا الكتابة، فإن أدت النجوم إليهما عتقت بالكتابة، وبطل حكم الاستيلاد، وإن عجزت وفسخا الكتابة فنصفها قِنٌّ، والنصف الآخر على حكم الاستيلاد.

وإن مات الواطيء قبل الأداء والفسخ، عتق نصفها، وبقيت الكتابة في النصف الآخر وإن مات بعد الفسخ عتق النصف والباقي قِنٌّ وفي الولد وجهان.

أحدهما: وبه قال ابن أبي هريرة: أنه ينعقد كله حراً لشبهة الملك، ولأن الرق لا يتبعض إبتداء.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق نصفه حر ونصفه رقيق، لأن أحد نصفي الجارية ليس له ولو لم تكن كلها له لكان الولد رقيقاً، فإذا لم يكن نصفها له كان بعضه رقيقاً.

وفي "التهذيب" أن هذا أصح وقد سبق للصورة[٣] نظائر.

فإن قلنا: إنه[٤] ينعقد كله حراً، وفرعنا على أن ولد المكاتبة قن للسيد، فعلى

---

(١) في: ب "يطأها".

(٢) انظر: ص١٣١٨.

(٣) "للصورة نظائر" ليست في: ز.

(٤) "إنه" ليست في: أ.

الواطيء نصف قيمة الولد للشريك الآخر ويسقط قسطه منها.

وإن قلنا يثبت فيه حكم الكتابة وجعلنا الحق فيه للسيد، فكذلك الجواب، وإن جعلنا الحق للمكاتبة فعليه جميع قيمة[١] الولد لها[٢] تستعين بها في أداء النجوم.

فإن عتقت قبل أخذها أخذتها، وإن عجزت قبل الأخذ أخذ الشريك الآخر نصفها وسقط النصف، وإن قلنا ينعقد نصفه حراً ونصفه رقيقاً، فإن جعلنا ولد المكاتبة قناً للسيد، فالنصف الرقيق للشريك، ولا يجب شيء من قيمة الولد على الواطي.

وإن أثبتنا حكم الكتابة في ولد المكاتبة فالنصف الرقيق يتكاتب عليها إن عتقت عتق وإلا رق للشريك الآخر.

وقيمة النصف الحر هل تجب على الواطيء؟ يبنى على أن الحق في ولد المكاتبة للسيد أو لها؟.

إن قلنا: بالأول: لم يجب، وإلا وجبت[٣]، ثم إن عتقت عتق الولد وسلم لها نصف القيمة فتأخذه إن لم تكن أخذت.

وإن عجزت سقط عنه، فإن[٤] كان قد دفع استرده إن كان باقياً، وإن كان موسراً سرى الاستيلاد إلى نصيب الشريك، وإن كان الولد كله حراً ومتى يسري؟ فيه طريقان[٥].

قال الأكثرون: فيه قولان كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه من المكاتب ففي أحد القولين يسري في الحال.

وفي الثاني: عند العجز وعن أبي على بن أبي هريرة وغيره: القطع بأنه يسري عند العجز، والفرق أن السراية في الحال تتضمن نقل الملك في المكاتب وفسخ الكتابة، وإنما احتملنا ذلك لحصول العتق الناجز والاستيلاد لا يُنخِّز العتق فلا يحتمل رفع الكتابة

---

(١) في: أ "قيمة جميع".
(٢) "لها" ليست في: ز.
(٣) في: ب "وجب".
(٤) في: ز "وإن".
(٥) "طريقان" ليست في: ز.

به ومن نصر الأول قال كما إن الإعتاق الناجز أقوى من الكتابة فالاستيلاد[١] أقوى وأثبت منها فجاز أن يرفع به، فإن قلنا بالسراية في الحال فتنفسخ الكتابة في نصيب الشريك ويبقى في نصيب الواطيء ويثبت الاستيلاد في جميع الجارية فعلى الواطيء للشريك نصف مهرها ونصف قيمتها، وأما نصف قيمة الولد فقد قال الإمام رحمه الله: كما لو استولد أحد الشريكين الجارية القنة وانعقد الولد حراً ففي وجوب قيمته قولان بناء على أن العلوق على الحرية وانتقال الملك هل يفترقان أم لا؟.

وفي "التهذيب" أنا إن قلنا: إن السراية تحصل بنفس العلوق فلا يجب، وإن قلنا: تحصل بأداء القيمة فيجب لتقدم العلوق على الملك وعلى الواطيء أيضاً نصف المهر للمكاتبة لبقاء الكتابة في نصيبه.

وهل يجب نصف قيمة الولد لها؟

ينى على أن الملك في ولد المكاتبة لمن هو؟

ولو أدت نصيب الواطيء من مال الكتابة عتق نصيبه وسرى إلى الباقي.

وإن عجزت وفسخ الكتابة بقيت مستولدة محصنة.

فإن[٢] قلنا بالسراية عند العجز، فإن أدت النجوم عتقت عن الكتابة وولاؤها بينهما ويبطل حكم الاستيلاد، ولها المهر على الواطيء تأخذه إن لم تكن[٣] أخذته ويجب نصف قيمة الولد للشريك.

إن قلنا ولد المكاتبة قن للسيد. أو قلنا: يثبت فيه حكم الكتابة وحق الملك فيه للسيد.

وإن قلنا: الحق فيه للمكاتبة فتجب جميع القيمة لها.

وإن لم تؤد النجوم، وعجزت فعلى الواطيء للشريك نصف مهرها ونصف قيمتها ونصف قيمة الولد.

---

(١) من قوله: "لا ينجر العتق ... فالاستيلاد". ليست في ظ.
(٢) في: ز "وإن".
(٣) "تكن أخذته" ليست في: ز.

هذا تمام الكلام فيما إذا وطيء أحد الشريكين.

وإن[1] وطئاها جميعاً نظر: إن لم يحصل علوق فحكم الحد والتعزير كما سبق ويجب على كل واحد[2] منهما مهر كامل، وإذا عجزت ورقت بعد قبض المهرين لم يطالب أحدهما الآخر بشيء ويقسمان المهرين إن كانا باقيين وإن عجزت قبل قبضهما سقط عن كل واحدة منهما نصف ما لزمه ويجيء في النصف الآخر التقاص وقد يكون أحد المهرين أكثر من الآخر إما لكونها بكراً عند وطيء أحدهما ثيباً عند وطيء الآخر أو لاختلاف حالها في الصحة والمرض وغيرهما من الأحوال فيأخذ مستحق الفضل الفضل.

وإن أفضاها أحدهما فعليه نصف القيمة للشريك، وإن افتضها فعليه نصف أرش الاقتضاض مع المهر.

وإن ادعى كلُّ واحد منهما على الآخر أنه الذي أفضى أو اقتض حلف كل واحد منهما للآخر، فإن حلفا فذاك.

وإن حلف أحدهما دون الآخر قضى للحالف، وإن حصل علوق فينظر إن أتت بولد واحد أو أتت بولد من كل واحد منهما.

الحالة الأولى: إذا أتت بولد واحد فينظر: إن ادعيا الاستبراء وحلفا عليه لم يلحق بواحد منهما وهو كولد تأتي به المكاتبة من زوج، أو زنا.

وإن لم يدعيا الاستبراء فإما أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما، وإما أن يمكن أن يكون من الأول دون الثاني.

وإما أن يكون بالعكس، وإما أن يمكن أن يكون من كل واحد منهما.

فهذه أربعة أقسام:

الأول: إذا لم يمكن أن يكون من واحد منهما بأن ولدته لأكثر من أربع سنين

---

(١) في: ز "فإن".

(٢) في: أ "واكل".

من وطيء الأول ولما دون ستة أشهر من وطيء الثاني أو لأكثر من أربع سنين من وطيء أخرهما وطئاً فهو كما لو ادعيا الاستبراء.

وحكم المهر في الحالتين كما إذا لم يكن علوق.

والثاني: إذا أمكن أن يكون من الأول دون الثاني، بأن ولدته لما بين أقل مدة الحمل، وأكثرها من وطيء الأول، ولما دون أقل مدة الحمل من وطيء الثاني، فالولد ملحق بالأول، ويثبت الاستيلاد في نصيبه.

ثم هو: إما معسرٌ فلا سراية وتبقى الكتابة في جميعها.

فإن[1] أدت النجوم وعتقت فلها على كل واحد منهما كمال المهر، وإن رقت فنصفها قِنٌّ للثاني، ونصيب الأول يبقى على حكم الاستيلاد، ولكل واحد منهما على الآخر نصف المهر، وهو من صور التقاص والخلاف فيه.

وأما الولد فكله حرٌّ أو يتبعض فيه الرق والحرية؟ فيه الخلاف الذي سبق[2].

وإما موسر فالولد حر كله[3] ويسري الاستيلاد من نصيبه إلى نصيب شريكه ويعود الخلاف في أنه يسري في الحال أو عند العجز؟

فإن قلنا: يسري في الحال انفسخت الكتابة في نصيب الثاني وتبقى في نصيب الأول.

وإن قلنا: عند العجز فإذا عجزت ورُقَّت، ارتفعت الكتابة وهي مستولدة له[4] على القولين.

والحكم فيما إذا أدت النجوم وعتقت على ما سبق، فيما إذا وطئها أحدهما وأولدها.

---

(١) في: ب "وإن".

(٢) من قوله: "وأما الولد فكلُّه . . . الذي سبق" ليست في: ب.

(٣) في: ز "كله حرٌّ".

(٤) "له" ليست في: ز.

وكذا الحكم لو عتقت بالموت، وما ذكرنا أنه يجب للشريك الآخر على الذي أولدها من المهر، وقيمة الجارية، وقيمة الولد تجب ههنا للثاني على الأول.

ووطء الثاني إن كان بعدما حكمنا بمصير[1] جميعها، أم ولد للأول يوجب جميع المهر، فإن بقيت الكتابة في نصيب الأول فهو بينه وبين المكاتبة، وإن ارتفعت في نصيبه أيضاً، فجميعه له، وإن كان قبل الحكم عصير[2] جميعها أم ولد له لم يلزمه إلا نصف المهر، لأن السراية إذا حصلت أخيراً انفسخت الكتابة وعاد نصفه رقيقاً فتكون الأكساب له، والمهر من الأكساب، ثم ذلك النصف للمكاتبة، إن بقيت الكتابة في نصيب الأول، وإلا فهو للأول.

هكذا ضبط القول فيما يجب على الثاني جماعةٌ منهم صاحب "الشامل".

واعلم أن وطء الثاني إذا وقع بعد الحكم بمصير جميعها أم ولد للأول، فقد وقع بعد ارتفاع شبهة الملك، وانقطاع علقته عنها وحينئذ فيكون زناً، والذي أطلق من وجوب جميع المهر، مصورٌ فيما إذا فرضت شبهة أخرى.

وأطلق في "المختصر"[3] قولين في أنه يجب على الثاني بوطئه جميع المهر، أو نصفه، وبنى ذلك على أن السراية تتعجل أو تتوقف على أداء القيمة؟.

إن قلنا: تتعجل، فعليه جميع المهر، لأنه وطئها والملك خالص للأول.

وإن قلنا: تتوقف على أداء القيمة فعليه النصف، لأن الجارية مشتركة بعد.

وعن أبي إسحق أن الصحيح وجوب الجميع، وأنه اختيار الشافعي والمزني رضي الله عنهما[4].

والقسم الثالث: إذا أمكن أن يكون من الثاني دون الأول، بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من وطيء الأول، ولما بين أربع سنين وستة أشهر من وطيء الثاني، فالولد

---

(١) في: أ "مصير".

(٢) في: ب "مصير" وفي: أ "يصير".

(٣) انظر: المختصر ص ٣٢٦.

(٤) انظر: الأم ٨/٦٠. وانظر: المختصر ص ٣٢٦، والحاوي ٢٢/٢٥٣، والروضة ١٢/٢٩٤.

ملحق بالثاني ويثبت الاستيلاد في نصيبه ولا سراية إن كان معسراً وفي تبعض الحرية في الولد الخلاف السابق.

وإن كان موسراً سرى الاستيلاد، إما في الحال، أو عند العجز على ما سبق.

ويجب على الثاني في هذا القسم ما ذكرنا أنه يجب على الأول في القسم الثاني.

وأما الأول: ففي "التهذيب" أنه إن كان الثاني معسراً فعلى الأول كمال المهر، للمكاتبة تستعين به في أداء النجوم.

وإن كان موسراً، فإن قلنا: السراية تحصل بعد العجز، فكذلك الجواب، وإن قلنا: تحصل في الحال فتنفسخ الكتابة في نصيب الأول، ولا[1] يجب إلا نصف المهر لها تستعين به في أداء نصيب الشريك من النجوم.

وأطلق العراقيون والروياني وغيرهم: أنه لايجب على الأول عند يسار[2] الثاني إلا نصف المهر.

والقسم الرابع: إذا أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما، بأن ولدته لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطء كل واحد منهما وادعيا الولد أو ادعاه أحدهما فيعرض على القائف فمن ألحقه به منهما كان الحكم كما لو تعين اللحوق به، وإن تعذرت الاستفادة من القائف فيعتمد انتسابه بعد البلوغ، ويكون الحكم على ما بيناه.

قال الإمام: ولو فرض ذلك في الأمة القِنَّةِ، وعرض الولد على القائف فألحقه بأحدهما يلحقه[3] الولد ويثبت الاستيلاد في نصيبه، ولا يسري إن كان معسراً لكن يثبت الاستيلاد في نصيب الآخر أيضاً بإقراره أنها مستولدته.

وإن كان موسراً سرى ولا يلزمه للشريك قيمة نصيبه، لأنه يدعي أن الجارية مستولدته فيؤاخذ بموجب إقراره.

---

(١) "لا" ليست في: أ.

(٢) في: أ "تساوي".

(٣) في: ز "فيلحقه". وفي: أ "فلحقه".

وإذا لم نجد القائف والمتداعيان موسران فيحكم بأن الجارية مستولدة بينهما، نصفها لهذا، ونصفها لهذا إذ ليس أحدهما بأولى بالسراية من الآخر[١].

ولو أقرا بالوطء وسكتا عن دعوى الولد فألحقه القائف بأحدهما ثبت الاستيلاد في نصيبه، وسرى. وعليه أن يغرم للشريك، لأنه لم يوجد ههنا إقرار ينافي الغرم.

ولو لم يوجد قائف، واعتمدنا انتسابه بعد البلوغ فهل يثبت الغرم والصورة هذه؟ فيه ترددٌ مفهومٌ من كلام الأصحاب رحمهم الله.

الحالة الثانية: إذا أتت بولدين وعرفا حالهما واتفقا على أن هذا من هذا وهذا من هذا، وفيها مسألتان:

إحداهما: إذا اتفقا على السابق منهما فينظر إن كانا موسرين، أو كان الأول موسراً فتصير الجارية مستولدة للأول، وعليه للثاني نصف مهرها، ونصف قيمتها، وفي وجوب نصف قيمة الولد خلاف.

قال في "التهذيب": إن قلنا تحصل السراية بنفس العلوق فلا يجب، وإن قلنا تتوقف على العجز أو قلنا لا تحصل إلا بأداء نصف قيمة الولد فيجب.

وأما الثاني: فإن وطئها بعدما صار جميعها مستولدة للأول، وهو عالم بالحال فعليه الحد وولده رقيقٌ للأول، وإن كان جاهلاً فالولد حر وعليه تمام المهر، وتمام قيمة الولد يوم الوضع، ويكون جميعها للأول، إن ارتفعت الكتابة في نصيبه أيضاً، وإن بقيت فنصف المهر له ونصفه للمكاتبة، ونصف قيمة الولد له[٢]، ونصفها على الخلاف في ولد المكاتبة.

وإن وطئها قبل أن يصير جميعها مستولدة للأول فلا يلزمه إلا نصف المهر، لأن نصفها له بعد، وفي تبعيض[٣] حرية الولد ما سبق، فإن لم يتبعض فعليه نصف قيمة الولد، ولا يثبت الاستيلاد في نصيب الثاني، وإن بقي نصيبه له، لأن الأول استحق

(١) في: ب "للآخر".
(٢) "له" ليست في: أ، ب، ظ.
(٣) في: ب "تبعض".

السراية، فلا يجوز إبطال حقه عليه.

وعن القفال: أن فيه وجهين كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو موسر.

وقلنا: إن السراية تتوقف على أداء القيمة فأعتق الآخر نصيبه قبل أدائها.

وإن كانا معسرين، أو كان الأول معسراً ثبت الاستيلاد في نصيب الأول، و لم يسر. فإذا أحبلها الثاني ثبت في نصيبه أيضاً، وعلى كل واحد منهما تمام المهر للمكاتبة، فإن عجزت[١] قبل الأخذ فعلى كل واحد منهما[٢] نصف المهر للشريك الآخر، ومن مات منهما عتق نصيبه بحكم الاستيلاد. وذكر في "التهذيب" أن في تبعيض[٣] الحرية في ولد واحد منهما الخلاف السابق، وأنا إذا لم نحكم بالحرية في نصفه فهو قنٌّ للآخر أو يتكاتب؟ فيه الخلاف، وأنه لا يجب على واحد منهما شيء من قيمة الولد.

وفي "أمالي" أبي الفرج السرخسي: أنا إذا قلنا بالتبعيض فالجواب كذلك.

أما إذا قلنا بحرية[٤] الجميع فعلى كل واحد منهما للآخر نصف قيمة ولده.

و لم يجزْ العراقيون وغيرهم الخلاف في تبعيض[٥] الحرية في ولد كل واحد منهما إذا كان الأول معسراً والثاني موسراً، وحكموا بأن ولد الموسر حر كله، والخلاف مخصوص بالمعسر.

المسألة الثانية: إذا اختلفا في السابق فقال كل واحد منهما أنا أولدتها أولاً ولدي هذا.

وكان كل واحد من القولين محتملاً فهما إما موسران أو معسران، أو أحدهما موسرٌ دون الآخر، والاعتبار في اليسار والاعسار[٦]، بحالة الإحبال.

(١) في: أ "عجز".
(٢) من قوله "تمام المهر ... واحد منهما" ليست في: ب، ظ.
(٣) في: أ "تبعُّض".
(٤) في: أ "بالحرية".
(٥) في: أ "تبعض".
(٦) في: أ "الاعتبار".

الحالة الأولى: إذا كانا موسرين فكل واحد منهما يدعي على الآخر جميع المهر، وجميع قيمة ولده، لأنه يقول وطئتها وهي مستولدتي أو يدعي نصفها[١] على ما فصلنا في المسألة السابقة وكل واحد يقر للآخر بنصف المهر ونصف قيمة الجارية، فإنه يقول: أولدتها وهي مشتركة فصارت مستولدة لي ويقر أيضاً بنصف قيمة الولد على اختلاف فيه، وما يقر به كل واحد للآخر من نصف قيمة الجارية يكذبه الآخر فيه، ومن أقر بحقٍ لغيره فكذبه سقط إقراره به، فتبقى دعوى كل واحد منهما على الآخر، في المهر، وقيمة الولد، فإن اقتضى الحال التسوية بينهما لم يعظم أثر الاختلاف[٢]، وجاء الكلام في التقاص.

وإن تفاوتا حلف كل واحد منهما على نفي مايدعيه الآخر، وفي "التهذيب" وجه أنهما يتحالفان على النفي والإثبات، وإذا[٣] حلفا، فلا شيء لواحد منهما على الآخر، وهي مستولدة أحدهما لا على التعيين ونفقتها عليهما، فإذا ماتا فهي حرة، والولاء موقوف بينهما، وإن مات أحدهما فالأظهر: أنه لا يعتق منها شيء لجواز أنها مستولدة الآخر.

وعن أبوي علي بن أبي هريرة والطبري: أنه يعتق نصفها بموت أحدهما، واختاره القاضيان أبو الطيب والروياني.

وحكى ذلك عن نصه[٤] رضي الله عنه في "الأم"[٥] ووجه بأنه كان يملك نصفها وقد أولدها وشككنا في أن إحبال شريكه هل يسري إلى نصيبه فيعتق نصيبه بالظاهر.

الثانية: إذا كانا معسرين فلا ثمرة للاختلاف والحكم كما لو عرف السابق وهما معسران وإذا مات أحدهما عتق نصيبه وولاؤه لعصباته، وإن ماتا فالولاء للعصبتين

---

(١) في: أ "نصفهما".
(٢) في: ز "الخلاف".
(٣) في: ز "فإذا".
(٤) في: أ "وذكر" وهو خطأ.
(٥) انظر: الأم ٨/٦٠.

بالسوية، وروى الربيع رحمه الله في "الأم" أن الولاء يوقف، وإن كانا معسرين وذكر عامة الأصحاب رحمهم الله أن هذا سهو وغلط إما من الربيع أو من غيره وقيل أراد حالة الموت فلا فرق حينئذ بين أن يكونا موسرين أو معسرين، لما ذكرنا أن الاعتبار في اليسار والاعتبار بحالة الإحبال.

الحالة الثالثة: إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فيحلف كل واحد منهما على نفي مايدعيه الآخر[١] عليه[٢] ويثبت الاستيلاد للموسر في نصيبه لا ينازعه المعسر فيه ويتنازعان في نصيب المعسر فنصف نفقتهما على الموسر، والنصف بينهما ثم إن مات الموسر أولاً عتق نصيبه وولاؤه لورثته فإذا مات المعسر بعده[٣] عتق نصيب[٤] الآخر وولاؤه موقوف بينهما، وإن مات المعسر أولاً لم يعتق منه شيء فإذا مات المعسر بعده عتق كلها، وولاء نصفها لورثته، وولاء النصف الآخر موقوف.

قال الصيدلاني: هذا إذا قلنا لا تتوقف سراية الاستيلاد على أداء القيمة، فإن قلنا تتوقف على أداء القيمة فهھنا لا أداء فتكون الجارية مستولدتهما، ويكون الولاء بينهما، ولا توقف.

ولو كان الاختلاف على عكسه فقال كل واحد منهما للآخر، أنت وطئت أولاً فسرى إلى نصيبي وهما موسران.

قال في "التهذيب" يتحالفان ثم نفقتهما عليهما، وإذا مات أحدهما لم يعتق نصيبه لاحتمال أن الآخر سبقه بالاستيلاد ويعتق نصيب الحي، لأنه أقر بأن الميت أولد أولاً وسرى إلى نصيبه[٥] وعتق بموته، وولاء ذلك النصف موقوف.

وإذا مات الآخر عتق كلها وولاء الكل موقوف، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فقال المعسر سرى إيلادك إلى نصيبي وقال الموسر: أنت أحبلت أولاً ولم

---

(١) "الآخر" ليست في: ظ.
(٢) "عليه" ليست في: ز.
(٣) "بعده" ليست في: ز.
(٤) في: أ "النصف".
(٥) في: أ، ب "نصيبي".

يسر إلى نصيبي فيتحالفان، ثم النفقة عليهما، فإن مات الموسر أولاً عتق كلها.

أما نصيب الموسر فبموته، وولاؤه لعصبته، وأما نصيب المعسر، فبإقراره وولاء نصيبه موقوف. وإن مات المعسر أولاً لم يعتق منها شيء لاحتمال أن الموسر سبقه بالإحبال، فإذا مات الموسر بعده عتق كلها وولاء نصيب الموسر له وولاء نصيب المعسر موقوف.

[الفصل الخامس: في حكم الجناية]

قال [الغزالي]: الحكم الخامس: حكم الجناية فإذا جنى على أجنبي أو على سيده يلزمه الأرش، فإن زاد الأرش على رقبته ففي وجوب الزيادة قولان، لأنه يقدر على أن يعجز نفسه فلا يبقى متعلق سوى الرقبة، ولو جنى عبدٌ من عبيد المكاتب، فليس له فداؤه بأكثر من قيمته، ولو أعتق السيد مكاتبه بعد الجناية يلزمه الفداء كما لو قتله، ولو جنى على السيد فأعتقه فالصحيح أنه يطالبه بالأرش بعد العتق، ولو جنى ابن المكاتب فلا يفديه، ولو جنى ابنه على عبده فهل يبيعه؟ فيه[1] وجهان

ولو استحق المكاتب قصاصاً على عبده أو عبد غيره جاز له الاستيفاء، وقيل: يجب أخذ الأرش، إن لم يرض السيد بالقصاص، ولو جنى على سيده أو على عبده فللسيد الاقتصاص ولو قتل المكاتب، انفسخت الكتابة، وللسيد القيمة)

[قال الرافعي]: فيه صور نذكرها مع ما يتعلق بها ولا نراعي ترتيب الكتاب

في الفصل أربع صور الصورة الأولى إذا جنى المكاتب على سيدة أو على أجنبي

إحداها: إذا جنى المكاتب على أجنبي بما يوجب القصاص في النفس والطرف[2] فلمستحقه استيفاؤه، فإن عفى على مال أو كانت الجناية موجبة للمال فينظر: إن كان في يده مال، وكان الواجب مثل قيمته، أو أقل طولب به مما في يده، وإن كان أكثر ففيه قولان، عن رواية صاحب "التقريب" وغيره.

أحدهما: أنه يطالب بتمام الأرش، لأنه كالحر في المطالبة مادامت الكتابة باقية.

وأصحهما: أنه لا يطالب إلا بقدر قيمته لأنه يملك تعجيز نفسه وإذا عجز نفسه فلا متعلق، ولا مرجوع إليه سوى الرقبة.

ويعبر عن الغرض[3] على هذا القول بأنه يطالب بأقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية.

---

(١) "فيه" ليست في: أ.

(٢) انظر: الأم ٦٧/٨ والمختصر ص٣٢٩ والحاوي ٣٠٧/٢٢ والتهذيب ٤٦٦/٨ والوسيط ٥٣٩/٧ والروضة ٣٠١/١٢ ومغني المحتاج ٥٣٠/٤.

(٣) "الغرض" ليست في: ظ.

ويعبر عن القولين أيضاً بأن يقال: إن للمكاتب أن يفدي نفسه في الجناية، وبكم يفديها؟ فيه[١] قولان:

أحدهما: بأقل الأمرين من أرش[٢] الجناية والقيمة.

والثاني: بأرش الجناية بالغاً ما بلغ، لأنه لو عجز نفسه، ربما اشترى بذلك القدر، فإن قلنا يفدي نفسه بأقل الأمرين فله ذلك، وإن لم يرض السيد وإن قلنا بالأرش وزاد الأرش على القيمة[٣] لم يستقل به، فإن أذن السيد فهو على القولين في تبرعاته بالأذن.

وإن لم يكن في يده مالٌ وطلب مستحق الأرش تعجيزه عجزه الحاكم ثم يباع كله في الجناية إن استغرق الأرش قيمته، وإلا فيباع بقدر الأرش وتبقى الكتابة في الباقي فإذا أدى حصته من النجوم عتق ذلك القدر.

ولو أراد السيد أن يفديه من ماله ويستديم الكتابة فله ذلك، وعلى مستحق الأرش قبوله هذا هو الظاهر وفيه شيء قد سبق وبما يفديه؟.

الجديد: أنه يفديه بالأقل من قيمته وأرش الجناية.

والقديم: أنه يفديه بالأرش، وله أن يرجع عن اختيار الفداء ويسلمه للبيع، إلا إذا مات العبد بعد اختيار الفداء أو باعه بإذن المجني عليه بشرط الفداء فيلزمه الفداء.

قال الروياني: وإنما شرط إذن المجني عليه في البيع، لأن قوله اخترت الفداء لا يسقط حقه من رقبة العبد ما لم يؤد المال، ولو أبرأه السيد عن النجوم، أو أعتقه فعليه أن يفديه، لأنه فوت بالإعتاق متعلق حق المجني عليه فهو كما لو قتله، وهذا بناء على نفوذ الإعتاق، وهو المشهور[٤].

وأشار القاضي ابن كج إلى أن فيه خلافاً كإعتاق العبد القن إذا جنى.

---

(١) في: أ "ففيه".

(٢) في: ز "من قيمته وأرش الجناية".

(٣) في: ز "قيمته".

(٤) انظر: الروضة ٣٠٢/١٢ ومغنى المحتاج ٥٣٠/٤.

ويمكن أن يفرق بأن المكاتب قد صار مستحق العتق بالكتابة قبل الجناية، وإذا أعتقه وقع العتق عن الجهة المستحقة والقن بخلافه.

وبما يفديه السيد؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين الجديد والقديم.

والثاني: القطع بأنه يفديه بالأقل بخلاف حال بقاء الكتابة، فإن الفرق باق هناك ولو بيع فربما رغب فيه راغبٌ بأكثر من قيمته، وبعد العتق فات هذا التوقع.

وكما يلزم السيد فداء المكاتب الجاني بإعتاقه يلزمه بإعتاقه فداء ابن المكاتب وأبيه[١] إذا تكاتبا عليه وجنيا، لأنهما لا يعتقان بإعتاقه.

ولو عتق المكاتب بأداء النجوم فعليه ضمان الجناية، ولا يلزم السيد فداؤه وإن[٢] كان هو القابض للنجوم، لأنه مجبر على قبولها، فالحوالة على المكاتب أولى، وفيما يلزمه الطريقان.

ولو جنى المكاتب جنايات[٣] وأعتقه السيد، أو أبرأه عن النجوم، فعليه أن يفديه، وإن أدى النجوم وعتق فضمان الجناية على المكاتب، وما الذي يلزمهما إن كانت الجنايات معاً بأن قتل اثنين فصاعداً بضربة واحدة أو هدم عليهم جداراً فعلى القولين المذكورين في الجناية الواحدة فعلى[٤] الجديد: يلزم الأقل من أرش الجنايات كلها ومن قيمته.

وفي القديم: يلزم الأروش بالغة ما بلغت، وإن كانت الجنايات متفرقة فالقديم بحاله، وفي الجديد قولان:

أصحهما: وهو اختيار المزني أن الحكم كذلك يلزم الأقل من أروش الجنايات ومن القيمة، لأن الجنايات جميعاً تعلقت بالرقبة، فإذا أتلفها بالعتق لم يضمن إلا ما أتلف،

---

(١) في: أ "وابنه".

(٢) في: ز "ولو".

(٣) في: أ "جنايتان".

(٤) في: ز "في".

ولأن المنع من البيع حصل بالإعتاق، والإعتاق شيء واحد فلم يوجد[١] إلا منعٌ واحد.

والثاني: يجب لكل جناية أقل الأمرين من أرشها ومن القيمة، لأن البيع كان ممكناً عقيب[٢] كل جناية وبالإعتاق فوت ذلك فكأنه أحدث لكل جناية منعاً.

والقولان كالقولين في جنايات أم الولد، ولو أراد المكاتب أن يفدي نفسه مما في يده عن الجنايات، ففيه طريقان.

أحدهما: أن فيما يفدي نفسه به[٣] القولين المنقولين عن الجديد، لأن البيع ممتنع ما بقيت الكتابة فتنزل إدامة[٤] الكتابة منزلة العتق بأداء النجوم.

والثاني: القطع بأنه يفدي بالأقل من أرش كل جناية ومن القيمة.

وفرق بأن العتق يفوت محل الأرش، ويبطل إمكان البيع وههنا الرقبة باقية وإمكان البيع مستمر.

والذي أورده في "التهذيب": أنه يؤخذ مما في يده الأقل من أرش الجنايات كلها ومن قيمته ويشبه أن يكون هو الأظهر.

ولو لم يكن في يده مال وسأل المستحقون تعجيزه عجزه الحاكم ويباع ويقسم الثمن على أقدار الأروش، وإن أبرأ بعضهم قسم على الباقين.

وإذا اختار السيد فداءه بعد التعجيز لم يبع وفيما يفديه[٥] القولان .

الصورة الثانية إذا جنى المكاتب على طرف سيدة

الثانية: إذا جنى المكاتب على طرف سيده فله القصاص وكذا لو جنى على عبد السيد، وإن قتل السيد فللورثة القصاص فإن عفا المستحق على مال، أو كانت الجناية موجبة للمال، تعلق الواجب بما في يده، لأن السيد مع المكاتب في المعاملات كالأجنبي مع الأجنبي[٦] فكذلك في الجناية.

---

(١) في: ز "يوجد منه".
(٢) في: ز "عقب".
(٣) "به" ليست في: ز.
(٤) في: أ "إدامته".
(٥) في ز "يفديه به".
(٦) "مع الأجنبي" ليست في: أ.

وما الذي يلزم المكاتب، أيلزمه الأرش بالغاً ما بلغ أو الأقل؟ فيه القولان المذكوران في الجناية على الأجنبي.

فإن قلنا: يلزم الأرش بالغاً ما بلغ وكان[١] أكثر من قيمته فعن الشيخ أبي حامد: أن له أن يفدي نفسه به.

وعن القاضي أبي الطيب: أن فيه الخلاف في هبته من سيده.

قال ابن الصباغ: وهذا يقتضي أن يقال: للسيد أن يمتنع من القبول، لأنه لا يلزمه قبول الهبة.

وعندي أنه يلزمه القبول إذا أمكنه أداؤه، وأداء مال الكتابة، ولا يجوز له الامتناع، وإن لم يكن في يده شيء أو كان لا يفي بالأرش فهل للسيد تعجيزه بسبب الأرش؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأنه إذا عجزه سقط الأرش إذ لا يثبت للسيد على عبده دين بخلاف ما إذا عجزه الأجنبي، فإن الأرش يتعلق برقيته، وينسب هذا إلى القفال.

وأصحهما: على ما ذكر في "التهذيب"[٢] نعم وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد وغيره ويستفيد به رده إلى الرق المحض.

وإذا عجز بسبب الأرش أو النجوم ورق، فهل تسقط الأروش أو تكون في ذمته إلى أن يعتق؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الأول وهما كالوجهين فيما لو كان له على عبد غيره دين فملكه هل يسقط؟ وجناية المكاتب على طرف ابن سيده كجناية على الأجنبي وجنايته على نفسه تثبت القصاص للسيد، فإن عفا وكان القتل خطأً فهو كما لو جنى على السيد، ولو أعتق السيد المكاتب بعد جنايته عليه أو أبرأه عن النجوم، فإن لم يكن في يده شيء سقط الأرش، لأنه أزال الملك عن الرقبة التي كانت متعلق الأرش باختياره، ولا مال غيرها.

---

(١) في: ز "فكان".

(٢) التهذيب ٨/٤٥٠. وانظر: الروضة ١٢/٢٩٥.

قال الإمام: وفيه احتمالٌ أخذا[1] من استقلال المكاتب وثبوت حقوق السيد في ذمته، وإن كان في يده مال ففي تعلق الأرش بما في يده وجهان:

أحدهما: المنع، لأن الأرش كان متعلقاً بالرقبة وقد تلفت.

وأظهرهما: التعلق والتوجيه المذكور ممنوعٌ بل الأرش متعلق بالرقبة وبما في يده.

وذكر في "التهذيب" أنه يطالب بالأرش من غير تفصيل، وفرق بين أن يكون في يده شيء أو لا يكون، ويقرب منه قوله في الكتاب "فالصحيح أنه يطالبه بالأرش بعد العتق" ولا يثبت ما قدمناه.

ولو أدى النجوم فعتق فالأجوبة متفقة[2] على أن الواجب لا يسقط كما لا يسقط فيما إذا جنى على أجنبي، وأدى النجوم وعُتِق.

ثم ظاهر ما رددوه في هذا الموضع أنه يجب الأرش بالغاً ما بلغ، وقد نص عليه الشافعي رضي الله عنه فذكر فيما لو قطع المكاتب يد سيده قطعاً يوجب المال، أو عاد بالعفو إلى المال[3].

وقلنا لابد من الصبر إلى الاندمال، واندمل بعدما أدى المال وعتق أن عليه أرش اليد بتمامه، وهو نصف الدية.

وفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا جنى على أجنبي ثم أدى النجوم، وعتق حيث ذكرنا خلافاً فيما يجب عليه بأن[4] الواجب في الجناية على السيد لا يتعلق برقبة[5] المكاتب، وإنما هو في ذمته فيجب بكماله، كما لو جنى حُرٌّ على حر وأرش الجناية على الأجنبي يتعلق بالرقبة، فجاز أن لا يزاد عليها.

---

(١) في: أ "آخر".

(٢) "متفقة" ليست في: ز.

(٣) انظر الأم ٦٧/٨.

(٤) في: أ "أن".

(٥) في: ب "بذمة".

ومنهم من طرد القول الآخر وهو وجوب أقل الأمرين وقال العتق لا يغير ما تقدم وجوبه.

الصورة الثالثة عبد المكاتب إذا جني على أجنبي أو على سيدة أو على سيد وسيدة

الثالثة: عبد المكاتب إذا جنى فإما أن يجني على أجنبي أو على سيده وهو المكاتب أو على سيد سيده[1].

الحالة الأولى: إذا جنى على أجنبي فله القصاص، فإن عفا المستحق على المال أو كانت الجناية موجبة للمال، تعلق برقبته تباع فيه، إلا أن يفديه المكاتب، وبم يفديه بالأرش بكماله، أو يفديه بالأقل منه ومن قيمته؟ فيه قولان:

فإن قلنا: بالأول فإن كان الأرش قدر قيمته، أو أقل فللمكاتب الاستقلال به، وإن كان أكثر لم يستقل به.

وفي جوازه بإذن السيد الخلاف في تبرعاته بالإذن.

ومنهم من قطع بأنه يفديه بالأقل.

ثم ظاهر لفظ "المختصر" أنه يعتبر قيمة العبد يوم الجناية، لأنه يوم تعلق الأرش بالرقبة.

وعن ابن خيران: أنه يجيء قول آخر أنه[2] يعتبر قيمة يوم الاندمال، بناء على أنه وقت المطالبة بالمال.

وحكى عن القفال: أنه ينبغي أن يعتبر قيمة يوم الفداء، لأن المكاتب إنما يمنع من بيعه، ويستديم الملك فيه يومئذ.

وذكر القاضي ابن كج: أن المذهب اعتبار، أقل القيمتين من قيمة يوم الجناية وقيمة يوم الفداء احتياطاً للمكاتب، وإبقاءً للمال عليه.

ونسب هذا /إلى نصه رضي الله عنه في "الأم" قال وعندي أن الحكم في جناية المكاتب نفسه إذا اعتبرنا قيمته كذلك، هذا في عبد المكاتب الذي لا يتكاتب عليه فأما ٧٠٦/ز

---

(١) "أو على سيد سيده" ليست في: ز.

(٢) "قيمة العبد ... قول آخر أنه" ليست في: ب، ظ.

من يتكاتب عليه كولد المكاتبة مــن أمتــه، وكمـا لـو وهـب منـه ولـده أو والـده حيـث يجوز[١] له القبول فليس له أن يفديه به، وأنه اسـتبعد ذلـك وقـال كسـبه كسـائر أمـوال المكاتب، وأنه حكى عنهم أن له أن يبيع كله، وإن زاد على الأرش.

ولا يوجد هذا في كتبهم على هذا الإطلاق لكن قالوا يباع منه بقدر الأرش، فإن لم يتيسر بيع كله، وأدى من ثمنه الأرش والفـاضل للسيد، وهـذا ليـس ببعيـد، وكذلـك القول في المرهون إذا زاد على قدر الدين.

ولو جنى بعض عبيد المكاتب على بعض، أو جنى عبد غيره على عبده[٢] فله أن يقتص[٣] لأنه من مصالح الملك ولا يحتاج فيه إلى أذن السيد.

وفيه قول: أنه لا يقتص إلا بإذن السيد، وعليه تحصيـل الأرش مـن عبـد الأجنبي وينسب هذا إلى تخريج الربيع، وهـذا قـول في الكتـاب: "وقيـل: والظـاهر الأول، إلا أن يكون القاتل والد المقتول.

ولو كان في عبيده أبوه فقتل عبداً له فكذلك لايقتص منه.

ولو كان فيهم ابنه، فقتل عبداً له أن يقتص منه.

وهل له أن يبيع ابنه وأباه إذا كانا في ملكه وجنياعلى عبد آخر له جناية موجبهـا المال؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا، لأنه لا يثبت له على عبده مال والأصل منع بيع الوالد والولد.

والثاني: نعم لأنه يستفيد به حصول أرش الجناية، ويخالف عبد أبيه[٤]، وابنه مــن عبيده، فإن تعلق الأرش به لا يفيده شيئاً فإنه كان يملك بيعه قبل الجناية.

والأول: اصح عند الإمـام، والشيخ أبـي حـامد، وحكـاه الطـبري عـن نصـه في "الأم".

---

(١) في: ب "يعوز".
(٢) في: ب "عبد له".
(٣) في: ز "يقتص منه".
(٤) في: أ "غير".

وبالثاني أجاب في "التهذيب"[١]

وعند أبي حنيفة[٢] رحمه الله لايجب القصاص إذا قتل بعض عبيد المكاتب بعضاً وكذا إذا قتل بعض عبيد الحر بعضاً.

الحالة الثانية: إذا جنى على سيده فله القصاص ولا يحتاج إلى إذن السيد على ما ذكرنا، فإن كانت الجناية خطأ أو عفا على مال لم يجب إذ لا يثبت للسيد على ما ذكرنا فإن كانت الجناية خطأ أو عفا على مال لم يجب إذ لا يثبت للسيد على عبده مال.

والثالثة: إذا جنى على سيد سيده فهو كما لو جنى على أجنبي فيباع في الأرش إلا أن يفديه[٣] المكاتب.

واعلم أن الصورتين الأوليين من صور الفصل في جناية المكاتب، والثالثة في جناية عبده، وقد فرغنا منها.

الصورة الرابعة في الجناية على المكاتب

الصورة[٤] الرابعة: في الجناية على المكاتب وهي إما أن يفرض على طرفه أو نفسه.

إن كانت على طرفه فله القصاص إن كانت بحيث توجب القصاص، وليس للسيد منعه كالمريض يقتص[٥]، ولا يعترض عليه الورثة[٦] والمفلس يقتص[٧] ولا يعترض عليه الغرماء.

وفيه القول المحكي عن تخريج الربيع، ووجه بأنه قد يعجز نفسه، فيعود إلى السيد مقطوع اليد بلا جابر، وإذا قلنا بالظاهر، فإن اقتص فذاك، وإن عفا على مال ثبت المال،

---

(١) انظر: ٨/٤٥٠.
(٢) انظر: الهداية ٣/١٦١.
(٣) في: أ "يفيده".
(٤) "الصورة" ليست في ز، أ.
(٥) من قوله "والثالثة في جناية عبده... على المكاتب" ليست في ب.
(٦) "يقتص ولا يعترض عليه الورثة" ليست في: ب، ظ.
(٧) في: أ "يقتص"

لكن لو كان المال دون أرش الجناية ، فقدر المحاباة حكمُهُ حكم الجميع إذا عفا مجاناً، وإن عفا مطلقاً، فإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين، أو قلنا موجبه القصاص، ولكن مطلق العفو يوجب المال، ثبت الأرش.

وإن قلنا: مطلق العفو لايوجب المال، لم يجب شيء، وإن عفا مجاناً سقط القصاص.

ثم إن قلنا: موجب العفو أحد الأمرين لم يسقط المال إن عفا بغير إذن السيد، وإن عفا بإذنه ففيه الخلاف في تبرعاته بالإذن.

وإن قلنا[١]: موجب العمد القصاص لم يجب شيء إن قلنا مطلق العفو لايوجب المال، وإن قلنا: يوجبه فوجهان.

أحدهما: يجب المال إن كان العفو بغير إذن السيد، وإن كان بإذنه فعلى قولين، كما لو عفا عن المال في الجناية الموجبة للمال.

والثاني: لا يجب وإن كان العفو بغير إذنه، لأن الجناية على هذا القول غير موجبة للمال، وإنما يثبت المال بالعفو المطلق، وإذا عفا مجاناً فقد امتنع من الاكتساب بالعفو المطلق.

والمكاتب إذا امتنع من الاكتساب لا يجبر عليه.

وإن كانت الجناية موجبة للمال فلا يصح عفوه عنه بغير إذن السيد، وإن عفا بإذنه ففيه القولان في التبرعات بالإذن وحيث ثبت المال بالجناية على طرفه فهو للمكاتب يستعين به على أداء النجوم، لأنه يتعلق بعضو من أعضائه فهو كالمهر تستحقه المكاتبة، ولأن كسبه له وهو عوض ما تعطل من كسبه بقطع ذلك العضو هكذا وجهوه.

وهل يستحق أخذه في الحال، أم يتوقف على الاندمال؟ فيه قولان كما في الجناية على الحر.

---

(١) من "قلنا: موجب ... بالإذن إن" ليست في: أ.

ومنهم من قطع بجواز الأخذ في الحال ههنا سعياً في تحصيل العتق، فإن قلنا: يتوقف الأخذ على الاندمال، وقد قطعت يده فينظر: إن سرت الجناية إلى النفس انفسخت الكتابة على ما سنذكر في الجناية على النفس، وعلى الجاني الكفارة.

وإذا كان أجنبياً فعليه القيمة للسيد.

وإن اندملت، فإن كان الجاني أجنبياً أخذ المكاتب نصف قيمته، ويستعين به على أداء النجوم، وإن كان الجاني السيد فيستحق المكاتب عليه نصف القيمة، وهو يستحق النجوم على المكاتب، فإن حل[1] نجم واتحد الواجبان جنساً وصفةً، ففيه الخلاف في التقاص، ويأخذ من له الفضل الفضل، وإن اختلفا أخذ كل واحد منهما حقه.

وإن قلنا: له أخذ الأرش في الحال ففي "جمع الجوامع" للقاضي الروياني: أنه إن كان الأرش مثل دية حر، أو أقل فله أخذ جميعه، وإلا فلا يأخذ أكثر من قدر الدية، لأن الجناية قد تسري إلى نفسه ويعود الواجب إلى الدية لعتقه.

وإذا أخذ ماله أخذه ثم اندملت الجراحة فقد استقر الأرش وليأخذ الباقي إن لم يأخذ كله.

وإن سرت إلى النفس، نظر: إن سرت قبل أن يعتق، انفسخت الكتابة، فإن كان الجاني أجنبياً فللسيد مطالبته بتمام القيمة، وإن كان الجاني السيد سقط عنه الضمان وأخذ كسبه.

وإن كانت السراية بعدما عتق بأداء النجوم، فإن كان الجاني أجنبياً فعليه تمام الدية، لأن الاعتبار[2] في الضمان بحالة الاستقرار، ويكون ذلك لمن يرثه من أقاربه، فإن لم يكونوا فللسيد بالولاء.

وإن كان الجاني السيد، فعليه تمام الدية أيضاً بخلاف ما لو جرح عبده القن، ثم أعتقه، ومات بالسراية حيث لا ضمان، لأن ابتداء الجناية غير مضمون هناك، وههنا ابتداء الجناية مضمون.

---

(١) في: أ "حمل".

(٢) في: ز الاعتاق.

ولو حصل العتق بالتقاص، فالحكم كما لو حصل بالأداء، ولا يمنع من التقاص كون الدية إبلاً فإن الواجب في الابتداء نصف القيمة، والتقاص حينئذ يحصل.

ثم إذا سرت الجناية بعد العتق فيجب الفاضل من الإبل.

وإذا عفا المكاتب عن المال، و لم نصحح عفوه على ما فصلنا ثم عتق قبل أخذ المال، فهل له أخذه؟ فيه قولان

أصحهما: وهو المنصوص: نعم وذلك العفو كان لاغياً، وربما بُني القولان على أن تصرفات المفلس باطلة أو موقوفة منتظرة.

ولو جنى على طرف المكاتب عبده فله القصاص، فإن كانت الجناية خطأً أو عفا فلا يثبت له على عبده مال.

وهل له أن يبيع منه بقدر الأرش؟ فيه الوجهان المذكوران فيما إذا جنى ابن المكاتب الذي يكاتب عليه على عبد له آخر.

هذا تمام القول في الجناية على طرف المكاتب.

وإن[1] كانت الجناية على نفسه فتنفسخ الكتابة ويموت رقيقاً.

ثم إن قتله السيد فليس عليه إلا الكفارة، وإن قتله أجنبي فللسيد القصاص، أو القيمة وله أخذ أكسابه أيضاً ويأخذ ذلك بحكم الملك لا بطريق الإرث.

وفي طريقة الصيدلاني: أن عند أبي حنيفة[2] رحمه الله: إذا كان الأرش وافياً بالنجوم وزايداً عليها حكم بأنه مات حراً، وأخذ من مال السيد[3] باقي قيمته. والله أعلم.

وقد انتهى الكلام فيما يتعلق بالفصل وعليك أن تتأمل صور الكتاب وتنزل كل شيء منها منزلته.

---

(١) في: ز "يحصل حينئذ".

(٢) انظر: الهداية ٢٦٨/٣.

(٣) في: ب "سيده".

[فصل وفيه فروع منثورة نختم بها الكتاب:]

[قال الرافعي] فروع منشورة نختم به الكتاب: عن "الأم[1]" أنه إذا جنى السيد على طرف المكاتب وكان الأرش مثل النجوم، وحكمنا بالتقاص، وحصول العتق، ثم عاد السيد وجنى عليه جناية أخرى توجب القصاص، فهي جناية على حر، فإن قال: لم أعلم بأنه يحصل التقاص والعتق، لم يقبل منه كما لو قتل من كان عبداً فعتق، وقال: لم أعلم أنه عتق.

قال الربيع: وفيه قول آخر أنه تؤخذ منه دية حرٍ ولا قصاص للشبهة.

وإذا قال المكاتبه[2]: إن عجزت عن النجوم بعد وفاتي، فأنت حر صح التعليق، ثم إن قال المكاتب قبل الحلول عجزت لم يعتبر قوله.

وإن كان بعد الحلول ووجد في يده ما يفي بالواجب فلا عجز أيضاً، وإن لم يوجد صدق بيمينه.

عن "الأم" أنه إذا أعتق المكاتب واختلف هو ومن جنى عليه فقال المكاتب كنت حراً عند الجناية وقال الجاني: بل مكاتباً فيصدق[3] الجاني مع يمينه، فإن شهد السيد للمكاتب قبلت شهادته، ويأتي بشاهد آخر.

ويقبل إقرار المكاتب بديون المعاملات وبالبيع وما يقدر على إنشائه، وفي كتاب القاضي ابن كج: أنه إن قال: بعت هذه السلعة، وهذا ثمنها يقبل إقراره.

وإن قال: بعتها وتلف الثمن في يدي ففي القبول قولان.

وإن أقر بدين جناية، فهل يقبل على السيد فيه قولان.

قال في "التهذيب".

أصحهما: أنه يقبل ويؤدي ما في يده كدين المعاملة لكن لو كان ما أقر به أكثر

---

(١) انظر: الأم ٨/٦٧.

(٢) في: ب "المكاتب".

(٣) في: أ "فيصد".

من قيمته لايلزم إلا قدر قيمته، بخلاف دين المعاملة[1]، فإن لم يكن في يده شيء بيع في دين الجناية.

والثاني: وهو الذي أورده جماعة: أنه لا يقبل في حق السيد، فإنه لم يسلطه عليه بعقد الكتابة، فإن قلنا يقبل إقراره، فعجز قبل أن يؤخذ دين الجناية، فقولان.

أحدهما: يباع فيه، لأنه أقر في وقت كان إقراره مقبولاً.

والثاني: لا يباع ويكون في ذمته إلى أن يعتق، لأن بالعجز صارت رقبته للسيد فصار كما لو أقر بعد العجز، ولا يقبل إقرار السيد على المكاتب بالجناية، لكن لو عجز أخذ السيد بإقراره.

ولو قال كان قد جنى قبل الكتابة لم يقبل على المكاتب أيضاً لخروجه عن يده بالكتابة كما لو خرج عن يده بالبيع.

إذا مات سيد المكاتب فقد عرفت أن الكتابة لا ترتفع، ويحصل العتق بالأداء إلى الوارث، فإن كان له وارثان، لم يعتق إلا بأداء حقهما.

وإن كان الوارث صغيراً أو مجنوناً لم يعتق إلا بالدفع إلى الأب أو الجد، أو الوصي أو القيم[2]، فإن كان قد أوصى إلى اثنين، لم يعتق إلا بالدفع إليهما إلا إذا ثبت لكل واحد منهما الاستقلال.

وإذا كان على الميت دين، أو أوصى بوصايا فإن كان الوارث وصياً في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا عتق بالدفع إليه، وإلا قد أوصى إلى غيره فيجمع بينه وبين الورثة، ويدفعها إليهم.

فإن لم يوص إلى أحدٍ قام القاضي مقام الوصي، ولو دفع إلى الغريم لم يعتق، وإن دفع إلى الوارث، فإن قضى الدين والوصايا عتق، وإلا وجب الضمان على المكاتب، ولم يعتق.

---

(١) "بخلاف دين المعاملة" ليست في: ز.

(٢) في: ز "الموالي".

هكذا ذكر صاحب "التهذيب"[(١)].

وعن القاضي الطبري: أنه إذا كان الدين مستغرقاً للتركة بريء المكاتب بالدفع إلى الغريم[(٢)].

وإن كان قد أوصى بالنجوم لإنسان فيعتق بالدفع إليه.

وإن أوصى[(٣)] بها للفقراء[(٤)] أو المساكين، فيدفعها إلى من أوصى إليه بتفريقها[(٥)] أو إلى الحاكم.

وإن أوصى بقضاء الدين منها تعين صرفها[(٦)] إليه، فهو كما لو أوصى بها لإنسان.

إذا مات السيد، والمكاتب، ممن يعتق على الوارث عُتِقَ عليه خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله[(٧)].

ولو نكح الابن مكاتبة أبيه ثم مات الأب، والابن وارث، انفسخ النكاح لأنه ملك زوجته.

وكذا لو مات السيد، وبنته تحت مكاتبه فورثت زوجها خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

وسلم أنه لو مات، وله بنت ومكاتب، لايجوز للمكاتب أن ينكحها، وذلك يدل على أنها تملكه.

ولو اشترى المكاتب زوجته الأمة من السيد، أو غيره، أو اشترت المكاتبة زوجها ينفسخ النكاح، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) انظر: التهذيب ٨/٤٥١.

(٢) انظر: الوسيط ٥٤٠، والتهذيب ٨/٤٥١، والروضة ١٢/٢٩٨.

(٣) "أوصى" ليست في: أ.

(٤) في: ز "إلى الفقراء".

(٥) في: أ "بتفرقها".

(٦) في: ز "بصر".

(٧) انظر: الهداية ٣/٢٧٠.

كتاب عتق أمهات الأولاد

كتاب عتق أمهات الأولاد

(قال [الغزالي]: من استولد جاريته فأتت بولد ظهر عليه خلقة الآدمي إما حياً أو ميتاً عتقت عليه إذا مات، ولا يجوز بيعها قبل الموت على الجديد، وكذا لا يبيع ولدها من زنا أو نكاح إذا حصل بعد الاستيلاد. ويعتقون أيضاً بموته، وله إجارتها واستخدامها ووطؤها وله تزويجها بغير رضاها، وقيل: لا يجوز إلا برضاها وقيل: لايجوز برضاها أيضاً[١] إلا بمراجعة القاضي وله أرش الجناية عليها وعلى أولادها ومن غصبها فتلفت في يده ضمن لأنها كالرقبة، إلا في البيع، ولو شهد رجلان على إقراره بالاستيلاد، وحكم به فرجعا غرما بعد موته للورثة عند عتقها ولم يغرما في الحال لأنهما ما أزالا إلا سلطنة البيع، ولا قيمة له[٢]).

[فصل في أحكام المستولدة]

قال الرافعي: عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال "أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبرٍ منه"[٣].

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: "إذا أولد الرجل أمته ومات عنها فهي حرة"[٤].

---

(١) "أيضاً" ليست في: ز.

(٢) "ولا قيمة له" ليست في ز.

(٣) الحديث أخرجه أحمد في مسنده ٤٨٤/٤. الموسوعة الحديثية، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤١٤هـ برقم ٢٧٥٩.

وأخرجه ابن ماجة ١٢٩/٢، رقم (٢٥١٥)، والدارقطني ١٣٢/٤، الحاكم ١٩/٢، البيهقي ٥٧٤/١٠.

قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٧/٤ "وله طرق، وفي إسناده الحسين بن عبد الله الهاشمي وهو ضعيف جداً، وفي رواية للدارقطني والبيهقي من حديث ابن عباس أيضاً "أم الولد حرة، وإن كان سقطاً وإسناده أيضاً ضعيف. والصحيح أنه من قول ابن عمر".

وقال الألباني: "ضعيف". انظر: إرواء الغليل ١٨٥/٦ - ١٨٦.

(٤) حديث ابن عمر: رواه الدارقطني ١٣٥/٤، والبيهقي ٥٧٤/١٠.

قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٧/٤ "٠٠ والدارقطني والبيهقي مرفوعاً موقوفاً. قال الدارقطني: الصحيح وقفه عن ابن عمر عن عمر، وكذا قال البيهقي، وعبد الحق، وكذا رواه مالك في الموطأ على عمر.

وقال صاحب الإلمام: المعروف فيه الوقف، والذي رفعه ثقة. قيل: ولا يصح مسنداً".

ولد الرجل من أمته ينعقد حراً وتصير الأمة بالولادة مستولدةً[١] تعتق إذا مات السيد، ويكون عتقها مقدماً على حقوق الغرماء فضلاً عن الوصايا، وحقوق الورثة. وينزل الاستيلاد منزلة الاستهلاك[٢]، حتى أن استيلاد المريض مرض الموت كاستيلاد الصحيح في النفوذ من رأس المال كإنفاق المال في اللذات[٣] والشهوات.

وكما يثبت الاستيلاد بانفصال الولد الكامل يثبت بإلقاء المضغة التي ظهرت فيها خلقة الآدميين، أو ظهر فيها التخطيط لكل أحد، أو للقوابل[٤]، وأهل الخبرة من النساء.

وإن لم يظهر وقلن إن ما ألقته أصل الآدمي، ولو بقي لتصور فالأصح أنه لا يثبت به الاستيلاد، وقد ذكرنا ما فيه من الطرق في "كتاب العدة"[٥] وغيره.

ثم الكلام في صور تتعلق بأحكام المستولدة.

الصورة الأولى لا يجوز بيع المستولدة ونحو ذلك

منها: لا يجوز بيع المستولدة ولا رهنها ولا هبتها ولا الوصية بها لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما "أن النبي ﷺ قال "أم الولد لا تباع وتعتق بموت سيدها"[٦].

ويقال: إن الصحابة رضي الله عنهم اتفقت عليه في عهد عمر وعثمان رضي الله عنهما.

ومشهور عن علي كرم الله وجهه أنه قال: "اجتمع رأي ورأي عمر على أن أمهات الأولاد لا يبعن" ويروى على عتق أمهات الأولاد ثم رأيت بعد ذلك أن أقضي ببيعهن.

فقال عبيدة السلماني[٧] رأيك مع رأي عمر، أحبُّ إلينا من رأيك

---

(١) انظر: المختصر ص ٣٣٢، والحاوي ٢٥٦/٢٢ و ٢٥٧، والوسيط ٥٤٣/٧، والتهذيب ٤٨٥/٨، والروضة ٣١٠/١٢، ومغني المحتاج ٥٣٨/٤.

(٢) في: ز "الإهلال".

(٣) في: ب "الكفارات".

(٤) في: أ "والقوابل".

(٥) انظر: فتح العزيز ٤٤٦/٩ و ٤٤٧.

(٦) الحديث أخرجه الدارقطني ١٣٥/٤. بمعناه وقد سبق إسناده ص١٢٥٣.

(٧) هو: عبيدة "بفتح العين" بن عمرو السلماني - بسكون اللام، ويقال: بفتحها - المرادي - أبو عمرو الكوفي - تابعي كبير، مخضرم، ثقة والصحيح أنه مات قبل سنة سبعين وقيل مات سنة

=

وحدك[١] فيقال: أنه رجع عن ذلك.

وعن الشافعي رضي الله عنه [يميل][٢] القول في بيعهن في مواضع واختلف فيه الأصحاب فذهب معظمهم إلى أنه ليس للشافعي رضي الله عنه فيه اختلاف قول وأشار يميل[٣] القول إلى ما روى عن تجويزه عن علي وابن الزبير رضي الله عنهما.

ومنهم من قال: إنه جوزه في القديم[٤] وقد يوجه[٥] ذلك بما روي عن جابر قال: "كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد النبي ﷺ لا نرى بذلك بأساً"[٦].

وعلى هذه الطريقة جرى في الكتاب فقال: "ولا يجوز بيعها قبل الموت على الجديد.

= اثنين وسبعين أو بعده.
انظر: تقريب التهذيب ٥٤٧/١.

(١) أخرجه البيهقي ٥٧٥/١٠، من كتاب عتق أمهات الأولاد، باب الرجل يطأ أمته بالملك فتلد له.
وقال الحافظ في التلخيص ٢١٩/٤ "قلت: أخرجه عبد الرزاق بإسناد صحيح". انظر: عبد الرزاق في مصنفه ٢٩١/٧ برقم (١٣٢٢٤).

(٢) في: أ، ب، ز "تمثيل" وفي: ظ "بتمثيل". ولعل الصواب "يميل" وهو كما في الروضة ٣١٠/١٢. والله أعلم.

(٣) في: ب، ز ، ظ "بتمثيل" كما سبق.

(٤) انظر: ذلك الحاوي ٣٥٦/٢٢ و ٣٥٧، والوسيط ٥٤٣/٧، والتهذيب ٤٨٦/٨، والروضة ٣١٠/١٢، ومغني المحتاج ٥٣٨/٤.

(٥) في: ز "حتجا".

(٦) حديث جابر: أخرجه أبوداود ٢٧/٤، من كتاب العتق، باب في عتق أمهات الأولاد.
قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢١٨/٤ "حديث جابر: ... أحمد والشافعي والنسائي، وابن ماجه، والبيهقي، من حديث أبي الزبير: أنه سمع جابراً يقول: كنا نبيع سرارينا، أمهات الأولاد، والنبي ﷺ ... لا نرى بذلك بأسا" ورواه أبوداود وابن حبان والحاكم من حديث جابر أيضاً، وزاد "وفي زمن أبي بكر" وفيه فلما كان عمر نهانا فانتهينا" .
رواه الحاكم من حديث أبي سعيد، وإسناده ضعيف.
قال البيهقي: ليس في شيء من الطرق أنه اطلع على ذلك، وأقرهم عليه ﷺ. قلت: نعم: قد روى ابن أبي شيبة في مصنفه من طريق أبي سلمة عن جابر مايدل على ذلك.
وقال الخطابي: يحتمل أن يكون بيع الأمهات كان مباحاً، ثم نهى عنه النبي ﷺ في آخر حياته، ولم يشتهر ذلك النهي، فلما بلغ عمر نهاهم.

ويجوز إعلام قوله "علىالجديد" بالواو للطريقة الأولى، بما حكى الإمام في التفريع على القديم: وجهين.

فعن صاحب "التقريب" والشيخ أبي علي: أنها اشتملت على ولده ونقضته[(١)] وهي رقيقة، كما كانت، ولا تعتق بموت السيد.

وعن الشيخ أبي محمد والصيدلاني: أنها تعتق بالموت، وإن جوزنا بيعها في الحياة كالمدبر.

وقال: ويجوز أن يقال[(٢)] هو: لا يعتق من رأس المال، ويجوز أن يجعلوا عتقها كعتق المدبر.

والوجه الأول: يرخص في إعلام قوله في الكتاب: "عتقت عليه إذا مات" بالواو.

وإذا قلنا: بالصحيح، فلو قضى قاضٍ بجواز بيعها فحكاية الروياني عن[(٣)] الأصحاب: أنه ينقض قضاؤه، وما كان فيه من خلاف فقد انقطع، وصار مهجوراً.

وبهذا أجاب الداركي.

ونقل الإمام[(٤)] فيه اختلافاً للأصحاب وذكر أن الشيخ أبا على[(٥)] بناه على أن مخالفة علي كرم الله وجهه كانت قبل[(٦)] انقراض العصر، وللأصوليين خلاف في أنه هل يشترط لحصول الإجماع انقراض العصر؟[(٧)].

---

(١) "ونفضته" هكذا في جميع النسخ.
(٢) في: أ "يقول".
(٣) في: ب "عند".
(٤) انظر: نهاية المطلب ٢٥/، ٢٦، ٢٧، ٣٢٧/أ.
(٥) في: أ "وذكر الشيخ أبوعلي".
(٦) في: أ "لانقراض".
(٧) ذهب أكثر أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وغيرهم إلى أنه ليس بشرط.
وذهب أحمد وغيره إلى اعتباره شرطاً.
ومن الناس من فصلَّ. وقال: إن كان قد اتفقوا بأقوالهم أو أفعالهم أو بهما؛ لا يكون انقراض العصر شرطاً.

=

فإن قلنا: لا يشترط، نقض القضاء بجواز البيع.

وإن قلنا: يشترط لم ينقض.

ويجوز أن ينبى الخلاف على ماذكر الصيدلاني أن لأصحابنا وجهين، في أنه إذا اختلف الصحابة رضي الله عنهم في مسألة، ثم أجمع التابعون على أحد القولين هل يرتفع[1] به الخلاف الأول[2] وبيع المستولدة/ وإن اختلف فيه الصدر الأول فقد أجمع أهل العصر الثاني على منعه رضي الله عنهم أجمعين. ٧٠٩/ز

الصورة الثانية حكم أولاد المستولدة من السيد الحرية

ومنها أولاد المستولدة من السيد، لا تخفى حريتهم، والذين حدثوا من النكاح أو الزنا[3] حكمهم حكم الأم، لأن الولد يتبع الأم في الحرية، فكذلك في حق الحرية، ولا يجيء فيهم الخلاف المذكور في ولد المدبرة، والمكاتبة، فإن الاستيلاد أقوى، لأنه لا يرتفع بحال، والتدبير، والكتابة يقبلان الرفع، فليس للسيد بيعهم، ويعتقون بموته، وإن كانت الأم قد ماتت في حياة السيد.

ولو أعتق السيد الأم، لم يعتق الولد، وكذا حكم العكس، كما مر في "التدبير" بخلاف ما إذا أعتق المكاتبة، يعتق ولدها لما سبق.

ولو ولدت المستولدة من وطء شبهة، فإن كان الواطيء يعتقد أنها زوجته الأمة، فالولد رقيق للسيد كالأم، وهو كما لو أتت به من نكاح أو زنا، وإن كان يعتقد أنها زوجته الحرة أو أمته، فينعقد الولد حراً، وعليه قيمته للسيد.

وأما الأولاد الحاصلون قبل الاستيلاد من النكاح، أو الزنا فليس لهم حكم الأم، وللسيد بيعهم إذا ولدوا في ملكه، ولا يعتقون بموته لحدوثهم قبل أن يثبت للأم حقُّ الحرية.

= وإن كان الإجماع بذهاب واحدٍ من أهل الحلِّ والعقد إلى حكم، وسكت الباقون عن الإنكار مع اشتهاره فيما بينهم، فهو شرط.

وهذا المختار، ذكر ذلك الآمدي في كتابه الإحكام في أصول الأحكام ٢٣١/١.

(١) في: ب "يرفع".

(٢) انظر: المصدر السابق ٢٠٩/١.

(٣) في: أ "والزنا".

الصورة الثالثة المستولدة فيما سوى نقل الملك فيها كالقنة

ومنها: المستولدة فيما سوى نقل الملك فيها كالقنة فله إجارتها واستخدامها ووطؤها.

وعن مالك رحمه الله: المنع من إجارتها[١]

واحتج الأصحاب: بأنه يملك استخدامها فيملك إجارتها كالمدبرة، وله أرش الجناية عليها، وعلى أولادها التابعين، لها وقيمتهم إذا قتلوا، ومن غصب مستولدة فتلفت في يده ضمنها كالقنة.

ومسألة الغصب مكررة أو ردها في "الغصب"[٢] مرة وذكرنا هناك خلاف أبي حنيفة[٣] رحمه الله فيها.

ولو شهد شاهدان على إقرار السيد بالاستيلاد، وحكم القاضي بشهادتهما ثم رجعا فعن الشيخ أبي علي رحمه الله: أنهما لا يغرمان شيئاً، لأن الملك باق في يد المستولدة، و لم ينويا إلا سلطنة البيع، ولا قيمة لها على تجردها، وليس هذا كإباق العبد من يد الغاصب، فإنه في عهده ضمان يده حتى يعود المغصوب إلى مستحقه.

قال الإمام: وإذا مات السيد وفات الملك، فالذي نراه أن عليهما[٤] الغرم، للورثة، لأن هذه الشهادة لا تنحط عن الشهادة على تعليق العتق.

ولو شهدا على التعليق، ووجدت الصفة، وحكمنا بشهادتهما، ثم رجعا لزمهما الغرم.

ومنها: في تزويج المستولدة ثلاثة أقوال:

الصورة الرابعة في تزويج المستولدة

أصحها: وبه قال أبوحنيفة[٥]، واختاره المزني[٦] أن للسيد الاستقلال به كما في

---

(١) انظر: مختصر خليل، ص ٣٠٠.

(٢) انظر: الوجيز ٢٠٨/١٠.

(٣) انظر: العزيز ٤١٢/٥، ٤١٣.

(٤) في: أ "عليها".

(٥) انظر: الهداية ٦٨/٢.

(٦) انظر: المختصر ص ٣٣٢، الوسيط ٥٤٣/٧، والتهذيب ٤٨٦/٨، والروضة ٣١١/١٢ و ٣١٢، ومغني المحتاج ٥٤٢/٤.

القنة، لأنه يملك إجارتها فيملك تزويجها، ولأنـه يحـل لـه[1] الاستمتاع بهـا، فيجـوز لـه التزويج كالمدبرة.

والثاني: قال في القديم: لا يزوجها إلا برضاها، لأنه يثبت لها حق حريـة لايملـك إبطالها فلا يزوجها إلا برضاها كالمكاتبة.

والثالث: ليس له تزويجها، وإن رضيـت، لأن ملـك السـيد فيهـا ضعيـفٌ، وهـي ناقصة في نفسها، فصار كتزويج الأخ والعم الصغيرة.

وعلى هذا فهل يزوجها القاضي؟ فيه وجهان.

عن أبي إسحق، والإصطخري: نعم، ولابد من رضا السيد، لأن المهـر لـه، ومـن رضاها، لأن الاستمتاع بها.

وعن ابن أبي هريرة: المنع، فإن الحاكم بدلٌ عـن[2] السيد، فـإذا لم يملـك السـيد فالحاكم أولى.

ويجري الخلاف في تزويج بنت المستولدة، فـإذا جوزنـا فـلا حاجـة إلى الإسـتبراء بخلاف ما في المستولدة، فإنها كانت فراشاً له.

وابن المسـتولدة لا يجـبره[3] السـيد علـى النكـاح، وليـس لـه أن ينكـح بغـير إذن السيد، فإن أذن، ففيه وجهان تخريجاً من الخلاف في تزويج المستولدة، ذكره الرويـاني في "الكافي"[4].

وقد عرفت مما ذكرنا أن قوله في الكتـاب: "وقيـل: لا يجـوز إلا برضاهـا" وقولـه "وقيل: لايجوز برضاها" أيضاً يجوز إعلامها بالحاء وهمـا قـولان لا وجهـان، ويقـال: إن الآخر مخرج.

---

(١) في: ز "لها".

(٢) في: أ "على".

(٣) في: أ " لايجبر".

(٤) "في الكافي" ليست في: ز.

وقوله "إلا بمراجعة القاضي" يوافق المنقول عن أبي إسحق، والإصطخري رحمهما الله.

الفرع الأول إذا زنا إنسان بأمة وأتت بولد من الزنا ثم ملكها. هل تصير أم ولد

(قال [الغزالي]: فرعان: أحدهما: لو نكح جارية فولدت ولداً رقيقاً ثم اشتراها لم تصر أم ولد له، وإن ولدت منه ولداً حراً في نكاح غرور أووطء شبهة ثم اشتراها، فهل تصير مستولدة عليه؟ فيه قولان)

[قال الرافعي]: إذا زنا إنسان بأمة، وأتت بولد من الزنا ثم ملكها لم تصر أم ولد له، ولو ملك ذلك الولد لم يعتق عليه.

وعند أبي حنيفة[1] رحمه الله: يعتق عليه، لأنه منعقد من مائه.

ولو أولد أمة الغير، بالنكاح، ثم ملكها بشراء أو غيره، لم تصر أم ولد له، أيضاً، لأنها علقت منه برقيق، والاستيلاد إنما يثبت تبعاً لحرية الولد، وإلي ذلك أشار بقوله ﷺ في مارية "أعتقها ولدها"[2].

---

(١) انظر: الهداية ٦٩/٢.

(٢) حديث مارية. قال عنه الحافظ ابن حجر في "التلخيص" ٢١٨/٤ "ابن ماجة من حديث ابن عباس بلفظ: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ فقال: "أعتقها ولدها" وفي إسناده حسين بن عبد الله وهو ضعيف جداً".

قال البيهقي: وروي عن ابن عباس من قوله. قال: وله علة، رواه مسروق عن عكرمة عن عمرو عن خصيف عن عكرمة عن ابن عمر عن عمر.

قال: فعاد الحديث إلى عمر. وله طريق آخر رواه البيهقي من حديث ابن لهيعة عن عبيد الله بن أبي جعفر: أن رسول الله قال: "لأم إبراهيم: أعتقك ولدك" وهو معضل، وقال ابن حزم: صح هذا مسند رواته ثقات عن ابن عباس، ثم ذكره من طريق قاسم بن أصبغ عن محمد بن مصعب عن عبيد الله بن عمر وهو الرقي. عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس، وتعقبه ابن القطان: بأن قوله عن محمد بن مصعب خطأ، وإنما هو عن محمد وهو ابن وضاح، عن مصعب وهو ابن سعيد المصيصي وفيه ضعف" أ.هـ.

انظر: ابن ماجه ٨٤١/٢ رقم ٢٥١٦ ثم قال: "قال في الزوائد: في إسناده الحسين بن عبد الله ابن عبيد الله بن عباس، تركه ابن المديني وغيره، وضعفه أبوحاتم وغيره. وقال البخاري: إنه كان يتهم بالزندقة".

وأخرجه البيهقي ٥٨٠/١٠ و ٥٨١، من كتاب عتق أمهات الأولاد، والدارقطني ١٣١/٤ و ١٣٢، وقال الألباني في الإرواء ١٨٦/٦ "ضعيف".

ولو ملكها وهي حامل منه، فكذلك الحكم.

وقال أبوحنيفة رحمه الله: تصير أم ولد له في الصورتين[١].

ويروى تخصيص الاستيلاد بما إذا ملكها حاملاً، وولدت عنده[٢] وبه قال مالك[٣] والمزني[٤] رحمهما الله، ولا شك أن الولد يعتق عليه لأنه[٥] ملكه حملاً كان[٦] أو بعد[٧] الانفصال.

قال الصيدلاني: وصورة ملكها حاملاً أن تضع قبل ستة أشهر من يوم ملكها، أو أن لا يطأها بعد الملك، وتلد لما دون أربع سنين فأما إذا وطئها بعد الملك، وولدت لستة أشهر من وقت الوطء فيحكم بحصول العلوق في ملك اليمين، وبثبوت الاستيلاد وحرية الولد، وإن أمكن أن يكون سابقاً عليه.

ولو استولد أمة الغير بالشبهة ثم ملكها نظر: إن وطئها على ظن أنها زوجته المملوكة، فالولد رقيق ولا يثبت الاستيلاد[٨] وإن وطئها على ظن أنها زوجته الحرة أو أمته المملوكة[٩] فالولد حر.

وفي ثبوت الاستيلاد قولان.

وكذا لو نكح أمة غر بحريتها فأولدها، فالولد حر، وفي ثبوت الاستيلاد إذا ملكها قولان ويجريان فيما لو اشترى أمة شراءً فاسداً وأولدها على ظن الصحة.

أحدهما: أنه يثبت، لأنها علقت منه بحرٍّ فصار كما لو علقت منه في ملكه.

---

(١) انظر: الهداية ٦٩/٢.

(٢) في: ز "منه".

(٣) انظر: مختصر خليل ص ٣٠٠.

(٤) انظر: المختصر ص ٣٣٢.

(٥) "لأنه" ليست في: أ.

(٦) "كان" ليست في: أ.

(٧) في: أ "بعيد".

(٨) من قوله "وإن وطئها على ظنٍ ... ولا يثبت الاستيلاد" ليست في: ز.

(٩) "المملوكة" ليست في: ز.

والثاني: لا يثبت، لأنها علقت منه في غير ملك اليمين، فهو كما علقت منه في[1] النكاح، أو الزنا، ولأن الاستيلاد لم يثبت في الحال، فلا يثبت من بعد، كما لو أعتق عبد الغير، ثم ملكه، ولأن الكتابة، والتدبير لا يثبتان في ملك الغير حالاً ولا مآلاً فكذلك الاستيلاد.

وهذا أظهر القولين على ما ذكر الإمام والموفق بن طاهر في "شرح مختصر الجويني".

ورأيت في "تعليق الشيخ أبي حامد": أنه القول الجديد، والأول القديم.

التفريع: إن أثبتنا الاستيلاد إذا ملكها، فأولادها الحادثون بعد ذلك من النكاح أو الزنا حكمهم حكم الأم حتى يعتقوا بموت السيد، والحاصلون قبل أن يملكها ليس لهم حكم الأم، وإن حصلوا بعد الاستيلاد، لأنهم حصلوا قبل ثبوت الحق للأم.

ولو ملكها وهي حاملٌ من زوجٍ أو زنا، ففي "فتاوى القاضي الحسين": أنه لا يثبت لذلك الولد حكم الأم بل يكون قناً للمشتري اعتباراً بحالة العلوق.

واعترض عليه بأنه لو اشترى أمة حاملاً يعتق الحمل الذي هو أخ المشتري تبعاً للأم، وإن كان الأخ لا يعتق[2] على الأخ، فلذلك جاز أن يقال: إذا كان الولد متصلاً يثبت له حكم الأم.

فأجاب بأن هناك تثبت حقيقة الحرية فيسري إلى الجنين، والاستيلاد حق الحرية، فلا يلزم أن يسري إلى الجنين واستشهد عليه بأن ولد المكاتب من أمته يتبعه، لأنه يثبت له حقيقة الملك فيه.

وولد المكاتبة لا يتبعها في قول لأنه لا يثبت لها حقيقة الملك فيه.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: "لم تصر أم ولد له" مع الحاء بالواو، لأن أبا الفرج الزاز ذكر في "أماليه" أن بعض الأصحاب خرج فيه[3] قولاً مثل مذهب أبي حنيفة

---

(١) من هنا محو من النسخة: ز ، أي ما يقرب في نصف لوحة وهي ص٧١٠.

(٢) في: أ "يعتق".

(٣) في: ظ "منه".

رحمه الله أخذاً مما إذا أولد جاريته المرهونة، وقلنا: لا يثبت الاستيلاد، وبيعت في الدين، ثم ملكها يوماً من الدهر. والله أعلم.

(قال [الغزالي]: الثاني: مستولدةٌ استولدها شريكان، ثم قال كل واحدٍ ولدت أولاً مني فهي مستولدتي فقد صارت مستولدةً فإن ماتا عتقت، والولاء موقوف، وإن كانا معسرين فنصف الولاء لكل واحد منهما والله أعلم بالصواب. وإليه المرجع والمآب).

الفرع الثاني إذا أولد الشريكان مكاتبتهما ثم اختلفا وهما موسران

[قال الرافعي]: ذكرنا الفرع مصوراً فيما إذا أولد الشريكان مكاتبتهما، والقنة في معناها، فإذا أتت الجارية المشتركة من كل واحد من الشريكين بولد ثم اختلفا وهما موسران فقال كل واحد منهما أنا أولدتها ولدي هذا أولاً، وهي مستولدتي، تفريعاً على أن السراية لا تتوقف على أداء القيمة فالجارية مستولدة باتفاقهما لكن ليس أحدهما بالتصديق أولى من الآخر، والقولان محتملان، فإن الفرض[١] فيما إذا تقارب الولدان في السن فيؤخذان معاً بالاتفاق عليهما[٢]، وإذا مات أحدهما عتق نصفها مؤاخذة للآخر بإقراره، وإذا ماتا عتق كلها، والولاء موقوف بين عصبتهما.

ولو كانا معسرين فهي مستولدتهما، فإذا[٣] مات فالولاء بين العصبتين بالسوية.

وفيه ماسبق أن "الربيع" رواه، وأن الأصحاب رحمهم الله غلطوه أو أولوه.

[فصل: وفيه فروع منثورة]

الفرع الأول استولد المرتد أمته

[قال الرافعي] فروع منثورة: إذا استولد[٤] المرتد أمته صارت مستولدته إن قلنا ببقاء ملكه، وإن قلنا بزواله لم يثبت الاستيلاد في الحال، فإن أسلم فعلى القولين فيما إذا استولد جارية الغير بالشبهة، ثم ملكها، وإن توقفنا في الملك توقفنا في الاستيلاد أيضاً.

الفرع الثاني إذا أسلمت مستولدة الكافر

إذا أسلمت[٥] مستولدة الكافر أو استولد جاريته بعدما أسلمت، فقد ذكرنا في

---

(١) "الفرض" ليست في: أ.

(٢) في: أ "عليها".

(٣) في: أ "وإذا".

(٤) في: ظ "استولدت".

(٥) في: ظ "استولدت".

"البيع" أنه لا سبيل إلى بيعها، وأنـه لا يجبر على إعتاقهـا علـى الأصـح، ولكـن[1] يحـال بينهما وتجعل عند امرأة ثقة وكسبها له ونفقتها عليـه، فـإن أسـلم رفعـت الحيلولـة، وإن مات عتقت.

وعن مالك تعتق بإسلامها[2].

وقال أبوحنيفة[3] رحمه الله: تستسعي بقدر قيمتها فإذا أدت عتقت.

وهـل للكـافر تزويجهـا؟ إذا جوزنـا تزويـج المستولدة؟ فيـه وجهـان: حكاهمـا الصيدلاني.

أحدهما: وهو الذي أجاب به القفال لا، لانقطاع الموالاة باختلاف الدين.

والثاني: نعم بناء على أنه تصرف بالملك.

وذكر على الوجه الأول أن القاضي لا يزوجها أيضاً.

وعن أبي إسحق رحمه الله: أن الحاكم يزوجها إذا أرادته، ويكون المهر له.

وكذلك يزوجها الحاكم إذا اختار السيد تزويجها، وكرهـت هـي وتصـير النفقـة على الزوج.

وعنه أيضاً: أنها أحق بحضانة الولد مالم تتزوج، فـإذا تزوجـت صـار الأب أحـق بالولد، إلا أن يكون الولد مميزاً ويخاف أن يفتنه عن دينه فلا يترك عنده[4].

الفرع الثـالث إذا أولد العبـد جاريـة ابنـه الحر.

في فتاوى القفال رحمـه الله: أن العبـد إذا أولـد جاريـة ابنـه الحـر لا حـد عليـه، ويثبت النسب، ولا يثبت الاستيلاد، لأنه ليـس مـن أهـل الملـك، وأن المكـاتب إذا أولـد جارية ابنه الحر فيحتمل أن يبنى ثبوت الاسـتيلاد على الخـلاف في أنـه إذا أولـد جاريـة نفسه، هل يثبت الاستيلاد؟، وإن من وطيء جارية بيت المـال[5] يحدُّ، وإن أولدهـا فـلا

---

(١) في: ب "لكن".

(٢) انظر: مختصر خليل، ص ٣٠٠.

(٣) انظر: الهداية ٢/٦٩.

(٤) قال النووي في الروضة ١٢/٣١٤ "الصحيح الـذي عليه الجمهـور: أنـه لا حضانـة لكـافر على مسلم، كما سبق في الحضانة، ولا حضانة هنا للأب. والله أعلم".

(٥) "بيت المال" ليست في أ

نسب، ولا استيلاد، ولا فرق في ذلك بين الغني والفقير، لأنه لايجب الإعفاف[١] من بيت المال.

الفرع الرابع لو أعتق مستولدته على مال

وأنه لو أعتق مستولدته على مال يجوز، ولو باع نفسها منها، فكذلك على الظاهر، لأن بيع العبد من نفسه إعتاق على الحقيقة، فقيل: له أليس يثبت الخيار للسيد في بيع العبد من نفسه على وجهٍ؟ وفيه اعتبار حكم المعاوضة. فقال: ذلك وجهٌ بعيدٌ.

الفرع الخامس إذا أولد جاريته المحرمة عليه برضاع أو مصاهرة أو نسب

وإذا[٢] أولد جاريته المحرمة عليه برضاع، أو مصاهرة أو بنسب[٣]، فعليه الحدُّ في قول، والتعزير على الأظهر.

وعلى القولين: لو أولدها فالولد حرٌّ نسيبٌ، وتصير هي مستولدة.

قال الأصحاب: ولا يتصور اجتماع هذه الأحكام مع وجوب الحد، إلا في هذه الصورة على أحد القولين.

واعلم أن الكلام في أحكام المستولدة قد مرَّ متفرقاً[٤] في الأبواب السالفة، فلذلك كانت مؤنة الباب خفيفةً. نسأل الله تعالى أن يخفف عنا بحسن المعونة[٥]، كل تعب ومؤنة، وأن يرحم ضعفنا كما علمه، وأن يحشرنا في زمرة من رحمه.

ونختم الكتاب بما بدأنا[٦] به، وهو حمداً لله ذي الجلال والإكرام، وولي الطول والإنعام.

ونقول: الحمد لله الذي هدانا لهذا، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله. اللهم صلي على محمد، وعلى آل محمدٍ كما ذكره الذاكرون، وصلي على محمد، وعلى آل محمد كلما غفل عن ذكره الغافلون. "واغفر لنا، ولاخواننا الذين سبقونا بالإيما، ولا تجعل في قلوبنا غلاً للذين آمنوا ربنا إنك رؤوف رحيم"[٧].

---

(١) في: ب "الإعتاق".
(٢) في: ب "إذا".
(٣) في: ظ "أو لنسب".
(٤) في: ب "مقدماً".
(٥) في ظ "بأمانة".
(٦) في: ب "بدأناه".
(٧) الخاتمة هكذا في – أ- و- ب- و – د- و- ظ- ومن قوله "ونقول: الحمد لله الذي....الخ" ليست في – ز-.

وتيسر الفراغ منه في ذي القعدة الحرام لثلاثة عشر بعد ستمائة عام(١).

---

(١) ثم إن نسخة (ظ) ذكرت ما يلي:
هذا كله بحكاية خط المصنف- رحمه الله وإيانا .
هكذا شاهدته مكتوباً. "وحسبنا الله ونعم الوكيل".
نسخه الفقير إلى رحمة الله العظيم عمر محمد الحسن الشافعي العلوي...الخ".
وفي خاتمة نسخة – أ- "وقع الفراغ من كتابته على يدي أضعف عباد الله تعالى: العبد الفقير: أحمد بن محمد المسكي غفر الله له، ولمن سعى في نساخته، ولجميع المسلمين، في ثاني صفر ختم بالخير، والظفر سنة تسع وثلاثين فبضع مائة. وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه الطيبين الطاهرين وسلم".
وفي نسخة – د- "والحمد لله وحده وصلواته على خير خلقه محمد وآله وصحبه، وأزواجه وذريته من بعد، وسلم تسليماً كثيران ثم الجزء المبارك بحمد الله وعونه وحسن توفيقه. وبه تم الكتاب المبارك... العبد الفقير الذليل الحقير المعترف بذنبه وعصيانه، المقر لله سبحانه وتعالى بفضله وامتنانه: محمد بن عبدالرحيم بن عمر بن إبراهيم بن علي بن محمد بن عبد الطاهر القرشي الهاشمي الجعفري الشافعي غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين، وجعله خالصاً لوجهه الكريم ونفع به كاتبه وقارءه ومطالعه.... تاريخ الثالث والعشرين شهر جمادي الآخرة سنة ثلاث وسبعمائة من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلوات والتسليم..".
قال النووي في الروضة ٣١٥/١٢ "قد أحسن الرافعي – رضي الله عنه – فيما حققه، ولخصه، وأتقنه، واستوعبه في هذا الكتاب ويسر الاحتواء على متفرقات المذهب، ونفائس وخفاياه على المفتين والطلاب.
واعلم أيها الراغب في الخيرات، والحريص على معرفة النفائس المحققات وحل الغوامض والمشكلات، والتبحر في معرفة المذهب والوقوف على ما تعتمده من المصنفات، وتعمد إليه عند نزول الفتاوى الغامضات، وتثق به عند تعارض الآراء المضطربات، وتحث على تحصيله من أردت نصحه من أولي الرغبات، أنه لم يصنف في مذهب الشافعي – رضي الله عنه – ما يحصل لك مجموع ماذكرته، أكمل من كتاب الرافعي ذي التحقيقات، بل اعتقادي واعتقاد كل مصنف أنه لم يوجد مثله في الكتب السابقات، ولا المتأخرات، فيما ذكرته من هذه المقاصد المهمات.
وقد يسر الله الكريم، وله الحمد في هذا المختصر مع ذلك جملاً متكاثرات من الزوائد المتممات، والنوادر المستجدات، وغير ذلك من المحاسن المطلوبات. وأسأل الله الكريم أن يكثر النفع به لي ولوالدي ومشايخي وسائر أحبابنا المسلمين والمسلمات وحسبنا الله ونعم الوكيل، لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

الفهارس

١ - فهرس الآيات القرآنية.

٢ - فهرس الآحاديث والآثار.

٣ - فهرس الأماكن والمصطلحات التي شرحتها بالهامش.

٤ - فهرس الأعلام.

٥ - فهرس المراجع.

٦ - فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

فهرس الأماكن والمصطلحات التي شرحتها بالهامش

فهرس الأعلام

حسب الحروف الأبجدية

الصفحة

(أ)

(ح)

فهرس المراجع

١ - الآثار للإمام محمد الشيباني ت ١٨٩هـ طبعة دار القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي - باكستان مع الإثار بمعرفة رواة الآثار لابن حجر العسقلاني ت (٨٥٢هـ).

٢ - الأحكام السلطانية -للماوردي- ط ٣ - ١٣٩٣هـ - مكتبة مصطفى البابي - القاهرة.

٣ - أحكام القرآن لأبي بكر أحمد الجصاص (٣٧٠هـ) دار الفكر بيروت.

٤ - أحكام القرآن لابن العربي (٥٤٣) ت. علي محمد البجاوي - دار المعرفة - بيروت.

٥ - أحكام القرآن للإمام الشافعي (٢٠٤) ت. عبد الغني عبد الخالق، مكتبة الخانجي، ط ١، ١٤١٤هـ.

٦ - الأحكام في أصول الأحكام - للآمدي (٦٣١) ط ١ - ١٤٠١هـ - دار الفكر.

٧ - أدب القاضي للإمام الماوردي (٤٥٠) ت. محي هلال السدحان، مطبعة العاني - بغداد - ١٣٩٢هـ

٨ - أدب القضاء - للإمام أبوالعباس ابن القاص (٣٣٥) ت د/ حسين الجبوري، ط ١ - ١٤٠٩هـ - مكتبة الصديق - الطائف.

٩ - أدب القضاء للقاضي ابن أبي الدم ت (٦٢٤) ت. محمد عبد القادر عطا.

١٠ -أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري (٩٢٥)، المكتبة الإسلامية.

١١ -الأشباه والنظائر - لجلال الدين السيوطي (٩١١) - الطبعة الأخيرة، مكتبة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر.

١٢ -أضواء البيان تفسير القرآن بالقرآن، للشنقيطي - عالم الكتب، بيروت.

١٣ -الأعلام للزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، ط ٥، ١٩٨٠م.

١٤ -الأم، للإمام الشافعي، دار المعرفة - بيروت.

١٥ -الأموال، لأبي عبيد بن سلام (٢٢٤هـ) ت. محمد هراس. ط ٢ - مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ١٣٨٨هـ.

١٦ -الأنساب لعبد الكريم السمعاني (٥٦٢هـ) ت. عبد الله البارودي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨هـ

١٧ -أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للشيخ القونوي الحنفي (٩٧٨هـ) ت. د/ أحمد الكبيسي، دار الوفاء، جدة، ط٢، ١٤٠٧هـ.

١٨ -أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك، لابن هشام (٧٦١هـ) ت. محمد محي الدين عبد الحميد، ط٥، ١٩٦٦م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

١٩ -إتحاف السادة المتقين بشرح علوم الدين - للعلامة السيد محمد مرتضي الزبيدي الحنفي ١٢٠٥هـ دار الفكر - بيروت.

٢٠ -الإجماع لابن المنذر (٣١٠هـ) ت. د. فؤاد عبد المنعم احمد، ط ١، ١٤٠١هـ من مطبوعات رئاسة المحاكم الدينية بدولة قطر.

٢١ -الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان للأمير علي بن بلبان الفارسي (٧٣٩هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٧هـ.

٢٢ -إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام - لابن دقيق العيد (٧٠٢) دار الكتب العلمية، بيروت.

٢٣ -إحياء علوم الدين- للغزالي ت (٥٠٥هـ) طبعة جديدة - دار الفكر - بيروت.

٢٤ -إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للألباني. اشراف محمد زهير الشاويش. ط ٢ - ١٤٠٥هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.

٢٥ -الإشراف على مذاهب العلماء، لابن المنذر (٣١٨هـ) ت. أبوحماد صغير أحمد حنيف، ط ١، دار طيبة - الرياض.

٢٦ -الإشراف على مسائل الخلاف - للقاضي عبد الوهاب البغدادي (٤٢٢هـ) مطبعة إدارة - تونس.

٢٧ -الإصابة في تمييز الصحابة - للحافظ ابن حجر (٨٥٢هـ)، دار الفكر.

٢٨ -إعلام الموقعين - لابن قيم الجوزية (٧٥١هـ) ت. محمد محي الدين عبد الحميد.

٢٩ -الإفصاح على مذاهب العلماء الأربعة - لابن هبيرة (٥٦٠هـ) المؤسسة السعدية بالرياض.

٣٠ -الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع - للخطيب الشربيني (٩٧٧هـ)، دار المعرفة، بيروت.

٣١ -الإقناع للماوردي (٤٥٠هـ) تحقيق / محمد خضر، ط١، ١٤٠٢هـ، مكتبة دار العروبة.

٣٢ -الإقناع، لشرف الدين الحجاوي (٩٦٨هـ)، عالم الكتب، دار المعرفة، بيروت.

٣٣ -الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد للمرداوي (٨٨٥هـ) ت. محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط ١، ١٣٧٤هـ.

٣٤ -الاختيار لتعليل المختار - لعبد الله الموصلي الحنفي (٦٨٣) دار المعرفة - بيروت - لبنان.

٣٥ -الاستيعاب في أسماء الأصحاب للحافظ ابن عبد البر (٤٦٣هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، بهامش الإصابة.

٣٦ -البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم (٩٧٠هـ)، المطبعة العربية - باكستان.

- بحر المذهب، لأبي المحاسن عبد الواحد الروياني ت/٥٠٢هـ مخطوط من دار الكتب المصرية، برقم خصوصي (٢٢) عمومي (٢٧٣٦) شافعي.

٣٧ -بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، (٥٨٧)، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٧، ١٤٠٥هـ.

٣٨ -بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشيد المالكي (٥٩٥هـ)، ط ٥، ١٤٠١هـ، دار المعرفة، بيروت.

٣٩ -البداية والنهاية لابن كثير (٧٧٤هـ) طبعة جديدة منقحة، ١٣٨٨هـ، دار الفكر، بيروت.

٤٠ -البدر المنير في تخريج أحاديث الشرح الكبير، للإمام ابن الملقن (٨٠٤هـ) ت. جمال محمد السيد، ط ١، ١٤١٤هـ، دار العاصمة، الرياض.

٤١ -تاج العروس من جواهر القاموس للعلامة السيد محمد المرتضى الزبيدي (١٢٠٥هـ)، دار مكتبة الحياة، بيروت.
٤٢ -التاج والاكليل لمختصر خليل، لمحمد المواق (٨٩٧هت) ط ٢، ١٣٨٩هـ بهامش مواهب الجليل.
٤٣ -تاريخ الأدب العربي، بروكلمان، نقله للعربية د/ السيد يعقوب بكر، ط ٢، دار المعارف، القاهرة.
٤٤ -تاريخ التراث العربي، فؤاد سزكين، نقله للعربية د. محمود فهمي حجازي، اشرفت على طباعته إدارة الثقافة والنشر، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
٤٥ -تاريخ الفرق الإسلامية ونشأة علم الكلام عند المسلمين، لعلي مصطفى الغزالي، مكتبة محمد صبحي، القاهرة.
٤٦ -تاريخ بغداد للخطيب البغدادي (٤٦٣هـ) المكتبة السلفية – المدينة المنورة.
٤٧ -تبصرة الحكام في أحوال الأحكام، لعلاء الدين الطرابلسي، ط٢، ١٣٩٣هـ، مكتبة الحلبي، مصر.
٤٨ -تبصير المنتبه بتحرير المشتبه لابن حجر العسقلاني ت. علي محمد البجاوي، المكتبة العلمية، بيروت.
٤٩ -تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي (٧٤٣هـ) الطبعة الأميرية، مصر، ١٣١٤هـ.
٥٠ -التحرير في أصول الفقه. الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، للكمال ابن الهمام (٨٦١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
٥١ -تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للمباركفوري (١٣٥٣هـ)، دار الفكر، بيروت.
٥٢ -تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، لابن الملقن (ت. عبد الله اللحياني، ط١، ١٤٠٦هـ، دار حراء للنشر والتوزيع.
٥٣ -تدريب الراوي في شرح تقريب النووي لجلال الدين السيوطي (٩١١هـ) ت. عبد الوهاب عبد اللطيف، دار الكتب الحديثية، ١٣٨٥هـ.

٥٤ -تذكرة الحفاظ، للحافظ الذهبي (٧٤٨هـ) ط٢، حيدر أباد الهند.
٥٥ -ترتيب مسند الإمام الشافعي، لمحمد السندي (١٢٥٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٧٠هـ.
٥٦ -التعريفات للجرجاني (٨١٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
٥٧ -التعليق المغني على الدارقطني لأبي الطيب آبادي، ط ٢، ١٤٠٣هـ، عالم الكتب، بيروت.
٥٨ -تفسير أبي السعود للقاضي أبي السعود العماري (٩٥١هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٥٩ -تفسير الشوكاني "فتح القدير" لمحمد الشوكاني (١٢٥٠هـ)، دار الفكر، ١٤٠١هـ.
٦٠ -تفسير القرآن العظيم لابن كثير (٧٧٤هـ) تصحيح الشيخ خليل الميس، مدير مفتي لبنان، ط ٢، دار القلم، بيروت.
٦١ -تفسير القرطبي "الجامع لأحكام القرآن" لمحمد القرطبي (٦٧١هـ)، تحقيق إبراهيم ومحمد، دار الكتب المصرية.
٦٢ -تقريب التهذيب، لابن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ) ت. عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة، بيروت.
٦٣ -"التلخيص" الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، عني بتصحيحه السيد عبد الله هاشم اليماني، المدينة المنورة، الحجاز، ١٣٨٤هـ.
٦٤ -"التلخيص" لابن القاص (٣٣٥هـ) ت. عادل عبد الموجود، علي عوض، مكتبة الباز، الرياض.
٦٥ -"التلخيص" للذهبي (٧٤٧هـ) ت. مصطفى عبد القادر عطا، ط ١، ١٤١١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، بذيل المستدرك.
٦٦ -"التمهيد في أصول الفقه" لأبي الخطاب الحنبلي (٥١٠هـ)، تحقيق مفيد ومحمد علي، مركز البحث العلمي، مكة المكرمة، ١٤٠٦هـ.

٦٧ -التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع، علاء الدين المرداوي (٨٨٥هـ) أشرف على طبعه عبد الرحمن محمود، من منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض.

٦٨ -تنوير الأبصار للتمرتاشي (١٠٠٤هـ) دار الفكر، بيروت، ١٣٩٩هـ.

٦٩ -تهذيب الأسماء واللغات، للإمام النووي (٦٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

٧٠ -تهذيب التهذيب، لابن حجر العسقلاني، (٨٥٢هـ)، ط١، ١٤١٤هـ، دار الفكر.

٧١ -تهذيب السنن لابن قيم الجوزية (٧٥١هـ) طبعة السنة المحمدية، مصر، ١٣٦٧هـ، مع مختصر سنن أبي داود ومعالم السنن.

٧٢ -التهذيب مع شرحه الدر المختار في الفقه الشافعي للحسين البغوي (٥١٦هـ)، تحقيق عادل عبد الموجود، وعلي معوض، ط ١، ١٤١٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

٧٣ -الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن الشيباني (١٨٩هـ)، طبعة إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان.

٧٤ -جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً، للحافظ ابن رجب (٧٩٥هـ)، ط ٥، ١٤٠٠هـ، مكتبة الدعوة الإسلامية، القاهرة.

٧٥ -جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر (٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٩٨هـ.

٧٦ -الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية للقرشي (٧٧٥هـ)، تحقيق عبد الفتاح الحلو، دار العلوم، الرياض، مصورة عن مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٩٨هـ.

٧٧ -حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي (١٢٣٠هـ)، دار الفكر، بيروت.

٧٨ -حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، لابن القاسم النجدي، (١٣٩٢هـ)، الطبعة ١٤٠٠هـ.

٧٩ -حاشية رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين (١٢٥٢هـ).

٨٠ -حاشية على شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين، لشهاب الدين القليوبي (١٠٦٩هـ)، دار الفكر، بيروت.

٨١ –حاشية على شرح الجلال المحلي، لأحمد العميرة (٩٥٧هـ)، دار الفكر، بيروت.
٨٢ –الحاوي الكبير – للإمام الماوردي (٤٥٠) ت (محمود مطرجي) دار الفكر، بيروت، ط ١٤١٤هـ.
٨٣ –خلاصة البدر المنير، لابن الملقن (٨٠٤هـ) ت. حمدي السلفي، مكتبة الرشيد، الرياض، ١٤١٠هـ، ط ١.
٨٤ –الدراية في تخريج أحادي الهداية لابن حجر العسقلاني (٨٥٢)، دار المعرفة، بيروت.
٨٥ –الدر المختار شرح تنوير، علاء الدين الحصكفي، (١٠٨٨هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٩هـ.
٨٦ –الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة للحافظ ابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) تحقيق محمد سلامة جار الله، ط ٢، ١٣٨٥هـ، دار الكتب الجديدة، القاهرة.
٨٧ –الرسالة للشافعي (٢٠٤هـ)، ت أحمد محمد شاكر.
٨٨ –الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتي، (١٠٥١) ت. محمد عبد الرحمن عوض، ط ٤، ١٤١٢هـ، دار الكتاب العربي، بيروت.
٨٩ –روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي (٦٧٦هـ) زهير الشاويش، ط ٢، ١٤٠٥هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.
٩٠ –روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، لابن قدامة، (٦٢٠) ط ٤، ١٣٩٧هـ، المكتبة السلفية، القاهرة.
٩١ –الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي. لأبي منصور الأزهر (٣٧٠) تحقيق شهاب الدين أبوعمرو دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ.
٩٢ –سبل السلام بشرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام للإمام محمد الكحلاني الصنعاني (١١٨٢هـ)، دار الفكر، بيروت.
٩٣ –سلسلة الأحاديث الصحيحة للألباني، ط ٤، ١٤٠٥هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.

٩٤ -سلسلة الأحاديث الضعيفة، للألباني، ط ٤، ١٤٠٥هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.

٩٥ -سنن أبي داود (٢٧٥) تعليق ومراجعة محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت.

٩٦ -سنن ابن ماجه، للحافظ محمد القزويني (٢٧٥هـ) ت/ محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي.

٩٧ -سنن الترمذي (الجامع الصحيح) للإمام الترمذي (٢٧٩هـ) ت. عبد الرحمن محمد عثمان - ط ٢، ١٤٠٣هـ، دار الفكر، بيروت.

٩٨ -سنن الدارقطني، (٣٧٥هـ) ط ٢، ١٤٠٣هـ، عالم الكتب.

٩٩ -السنن الكبرى للبيهقي (٤٥٨هـ)، ت. محمد عبد القادر عطا، ط ١، (١٤١٤هـ)، دار الكتب، بيروت.

١٠٠ -سنن النسائي (٣٠٣هـ) (مع شرح السيوطي وحاشية السندي).

١٠١ -سير أعلام النبلاء للذهبي، (٧٤٨هـ) ط ١، ١٤٠٥هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، تحقيق د/بشار عواد معروف، ود. محي هلال السرحان.

١٠٢ -شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لابن العماد الحنبلي (١٠٨٩هـ)، دار الفكر، بيروت.

١٠٣ -شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين، لجلال الدين المحلي (٨٦٤هـ)، دار الفكر، بيروت مع حاشيتي قليوبي وعميرة.

١٠٤ -شرح العناية على الهداية للبابرتي (٧٨٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

١٠٥ -الشرح الكبير على مختصر خليل للدرديري (١٢٠١هـ) طبعة دار الفكر، بيروت، بهامش حاشية الدسوقي.

١٠٦ -شرح الكوكب المنير، لابن النجار الحنبلي (٩٧٢هـ) ت/ د. محمد الزحيلي و د. نزيه حماد، طبع ١٤٠٠هـ، دار الفكر، دمشق، بإشراف مركز البحث العلمي، بجامعة أم القرى.

١٠٧ -شرح الوقاية لصدر الشريعة الحنفي (٧٤٧هـ) تصحيح محمـود العطـار، المطبعـة الأدبية، مصر ١٣١٨هـ بهامش كتاب كشف الحقائق.

١٠٨ -شرح صحيح مسلم، للنووي (٦٧٦هـ) ط ١، ١٣٤٧هــ، دار إحيـاء الـتراث العربي، بيروت.

١٠٩ -شرح فتح القدير لابن الهمام (٦٨١هـ) دار احياء التراث العربي، بيروت.

١١٠ -شرح مشكل الوسيط لابن الصلاح، تحقيق محمد محمد تامر، ط ١، ١٤١٧هـ، دار السلام، شارع الأزهر، الغورية.

١١١ -شرح معاني الآثار للطحاوي (٣٢١هــ) ت محمد زهـري النجـار، دار الكتـب العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ.

١١٢ -شرح منتهى الارادات للبهوتي (١٠٥١هـ) عالم الكتب، بيروت.

١١٣ -شـرح نخبـة الفكـر في مصطلحـات أهـل الأثـر، لعلـي القـاري (١٠١٤هــ) دار الفكر، بيروت، بذيل سبل السلام.

١١٤ -شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل للغزالي (٥٠٥هـ) ت. أحمـد الكبيسي، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٣٩٠هـ.

١١٥ -الصحاح للجوهري، ت. أحمد عبد الغفور عطار، ١٩٥٦م/١٣٧٥هـ.

١١٦ -صحيح البخـاري للإمـام البخـاري (٢٥٦هــ) طبعـة بالأوفسـت باسـتنبول، ١٤٠١هـ، دار الفكر.

١١٧ -صحيح مسلم، للإمام مسلم (٢٦١هـ) دار إحياء التراث العربي، بـيروت، مـتن شرح صحيح مسلم للنووي.

١١٨ -الضوء اللامع لأهل القرن التاسع - للسخاوي، مكتبة دار الحياة، بيروت.

١١٩ -طبقات الحفاظ للسيوطي (٩١١هـ) راجعه لجنة من العلماء، ط ٢، ١٤١٤هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

١٢٠ -طبقات الحنابلة، للقاضي ابن أبي يعلى (٥٦٠هـ)، دار المعرفة، بيروت.

١٢١ -طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٧٧١هـ)، ط ٢، دار المعرفة، بيروت.

١٢٢ –طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٨٥١هـ) عناية وتعليق. عبد العليم خان، ط ١، ١٤٠٧هـ، عالم الكتب، بيروت.

١٢٣ –طبقات الشافعية لابن هداية الله الحسيني (١٠١٤هـ) ت. عادل نويهض ط ٢، ١٩٧٩م، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

١٢٤ –طبقات الشافعية، للاسنوي (٧٧٢هـ)، كمال الحوت، ط ١، ١٤٠٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

١٢٥ –طبقات الفقهاء، للشيرازي (٤٧٦هـ) ت د. إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، ١٩٧٠م.

١٢٦ –العزيز في شرح الوجيز للرافعي (٦٢٣هـ) ت محمد علي معوض، وعادل عبد الموجود، ط ١، ١٤١٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

١٢٧ –العناية شرح الهداية، محمد البابرتي (٧٨٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت مع فتح القدير.

١٢٨ –الغاية القصوى في دراية الفتوى للقاضي البيضاوي، (٦٨٥هـ) ت. على قرة داغي، دار الإصلاح، الدمام.

١٢٩ –فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، طبعة جديدة، الطبعة التي حقق أصلها عبد العزيز بن باز ورقم كتبها محمد فؤاد عبد الباقي، ط ٢، ١٤١٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

١٣٠ –الفروق للقرافي (٦٨٤هـ) عالم الكتب، بيروت.

١٣١ –الفقيه والمتفقه، للخطيب البغدادي، (٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

١٣٢ –الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للتعالبي (١٣٧٦هـ) تعليق عبد العزيز القارئ، ط ١، ١٣٩٦هـ، المكتبة العلمية بالمدينة المنورة.

١٣٣ –فهرس أحاديث مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبوهاجر زغلول، ط ١، ١٤٠٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

١٣٤ –فهرس المخطوطات، دار الكتب الظاهرية، فقه شافعي (٤٥٦/٠٢٣٧٥) من مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى.

١٣٥ -الفوائد البهية في تراجم الحنفية، للكنوي، (١٣٠٤هـ)، دار المعرفة، بيروت.
١٣٦ -القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً. سعدي أبوحبيب، ط ١، ١٤٠٢هـ، دار الفكر، دمشق.
١٣٧ -القاموس المحيط، للفيروزآبادي (٨١٧هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ.
١٣٨ -القرآن الكريم.
١٣٩ -القوانين الفقهية، للجزي المالكي (٧٤١هـ)، دار عباس الباز، مكة المكرمة.
١٤٠ -الكافي، لابن قدامة (٦٢٠هـ)، تحقيق زهير الشاويش، ط ٣، ١٤٠٢هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.
١٤١ -لوامع الأنوار وسواطع الأسرار الأثرية لشرح الدرة المضية في عقد الفرقة المرضية للشيخ محمد السفاريني الأثري الحنبلي، ط ٢، ١٤٠٢هـ، منشورات مؤسسة الخافقين، دمشق.
١٤٢ -كتاب الإيضاح والتبيان في معرفة الكيل والميزان، لنجم الدين بن الرفعة الشافعي (٧١٠هـ)، تحقيق د. محمد الخاروف، مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٠٠هـ.
١٤٣ -كتاب التدوين في أخبار قزوين، لعبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني الشافعي (٦٢٣هـ)، تحقيق عزيز الله العطاري، طبع بالمطبعة العزيزية، شاه علي بنك، حيدر آباد، الهند، سنة ١٤٠٤هـ.
١٤٤ -الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، للحافظ عبد الله بن أُبي شيبة الكوفي (٢٣٥هـ) تقديم وضبط كمال الحوت، ط ١، ١٤٠٩هـ، دار التاج، بيروت.
١٤٥ -كشاف القناع عن متن الإقناع، للشيخ منصور البهوتي الحنبلي (١٠١٥هـ)، طبعة عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ.
١٤٦ -كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، للعلامة حاجي خليفة كاتب جلبي، مصطفى بن عبد الله الحنفي (١٠٦٧هـ)، منشورات مكتبة المثنى - بغداد.
١٤٧ -اللباب في شرح الكتاب، للمحقق عبد الغني الميداني الحنفي (١٢٩٨هـ)، المكتبة العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ.

١٤٨ -لسان العرب، لمحمد بن منظور المصري (٧١١هـ)، عناية أمين محمد عبد الوهاب، ومحمد الصادق العبيدي، دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٤١٦هـ، بيروت.

١٤٩ -مؤلفات الإمام الغزالي. ط. عبد الرحمن بدوي، مطبوع بعناية المجلس الأعلى لرعاية الفنون -بالقاهرة، ١٣٨٢هـ.

١٥٠ -المبدع في شرح المقنع، لبرهان الدين إبراهيم بن مفلح الحنبلي (٨٨٤هـ)، المكتب الإسلامي، ١٤٠٠هـ.

١٥١ -المبسوط، لشمس الأئمة محمد السرخسي الحنفي (٤٩٠ أو ٥٠٠) تصنيف الشيخ خليل الدين الميس، ط ١، ١٤١٤هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

١٥٢ -مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، للفقيه العلامة عبد الرحمن داماد أفندي الحنفي (١٠٧٨)، دار الطباعة العامرة، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

١٥٣ -مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، للحافظ نور الدين علي الهيثمي الشافعي (٨٠٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٢هـ، الطبعة الثالثة.

١٥٤ -مجموع الفتاوي، للشيخ أحمد بن تيمية الحراني الحنبلي (٧٢٨)، بجمع عبد الرحمن النجدي، إدارة المساحة العسكرية، القاهرة، ١٤٠٤هـ، تحت الرئاسة العامة لشئون الحرمين بالرياض.

١٥٥ -المجموع شرح المهذب، للنووي (٦٧٦هـ)، وله تكملتان، الأولى لتقي الدين علي السبكي الشافعي (٧٥٦)، من الجزء العاشر إلى الجزء الثاني عشر. والثانية: لمحمد نجيب المطيعي من الجزء الثالث عشر إلى آخر الجزء العشرين، دار الفكر، بيروت.

١٥٦ -مختصر اختلاف العلماء، لأبي جعفر الطحاوي (٣٢١)، اختصار الجصاص (٣٧٠) تحقيق د. عبد الله نذير أحمد، ط ١، ١٤١٦هـ، دار البشائر الإسلامية، بيروت.

١٥٧ -مختصر الخرقي، لأبي القاسم الخرقي (٣٣٤) مكتبة المعارف، الرياض، ط ١، ١٤٠٨هـ.

١٥٨ -مختصر المزني، لإسماعيل بن يحيى المزني تلميذ الشافعي، طبع دار المعرفة، بيروت، لبنان، مطبوع مع الأم، ج ٨.

١٥٩ -مختصر خليل للعلامة خليل بن إسحاق المالكي (٧٦٧ أو ٧٦٩ أو ٧٧٦) الطبعة الأخيرة، ١٤٠١هـ، المكتبة المالكية.

١٦٠ -مختصر سنن أبي داود، للحافظ عبد العظيم المنذري الشافعي (٦٥٦)، تحقيق محمد حامد الفقي، السنة المحمدية، القاهرة، ١٣٦٧هـ.

١٦١ -المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعبد القادر بن بدران (١٢٤٦هـ) تحقيق د. عبد التركي، ط ٢، ١٤٠١هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت.

١٦٢ -المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد لمصطفى أحمد الزرقاء، ط ٩، مطابع الف باء، الأديب، دمشق، ١٩٦٧ - ١٩٦٨م.

١٦٣ -المدونة الكبرى، للإمام مالك (١٧٩)، رواية سحنون (٢٤٠)، عن عبد الرحمن بن القاسم (١٩١) ط ١، ١٤١٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

١٦٤ -المستدرك في الصحيحين، للحافظ محمد الحاكم النيسابوري (٤٠٥)، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط ١، ١٤١١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

١٦٥ -المستصفى في علم الأصول، لأبي حامد محمد الغزالي الشافعي (٥٠٥)، الطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣٢٢هـ.

١٦٦ -المسند، للإمام أحمد بن حنبل (٢٤١)، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة ١٤٠٥هـ، الطبعة الخامسة.

١٦٧ -مصباح السنة، للإمام الحسين البغوي (٥١٦) تحقيق د. يوسف المرعشلي، ومحمد سمارة وجمال الذهبي، ط١، ١٤٠٧هـ، دار المعرفة، بيروت.

١٦٨ -المصنف، للحافظ عبد الرزاق الصنعاني (٢١١)، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، من منشورات المجلس العلمي.

١٦٩ -المطلع على أبواب المقنع، لأبي الفتح اليعلى (٧٧٧)، المكتب الإسلامي، ١٤٠١هـ.

١٧٠ -معالم السنن، لحمد الخطابي الشافعي (٣٨٨)، طبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٣٦٧، مع مختصر سنن أبي داود.

١٧١ -معجم البلدان لياقوت الحموي (٦٢٦) دار صادر.

١٧٢ -مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للخطيب الشربيني الشافعي (٩٧٧)، دار الفكر، بيروت.

١٧٣ -المغني شرح مختصر الخرقي، للعلامة عبد الله بن قدامة الحنبلي (٦٢٠)، تحقيق د. عبد الله التركي، و د. عبد الفتاح الحلو، ط ١، ١٤١٠هـ، هجر للطباعة والنشر، القاهرة.

١٧٤ -المغني في الضعفاء، للحافظ محمد الذهبي (٧٤٨)، تحقيق د. نور الدين عتر، إدارة التراث الإسلامي، قطر، ١٤٠٧هـ.

١٧٥ -مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم لطاش كبرى زادة، ط ١، ١٤٠٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

١٧٦ -المقنع، لموفق الدين عبد الله بن قدامة الحنبلي (٦٢٠)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٣٩٩هـ.

١٧٧ -الملل والنحل، لأبي الفتح الشهرستاني، تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل، دار الفكر، بيروت.

١٧٨ -المنتقى شرح الموطأ، لسليمان الباجي المالكي (٤٧٤)، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٣٢هـ.

١٧٩ -منتهى الارادات في الجمع بين المقنع مع التنقيح وزيادات لابن النجار الحنبلي، (٩٧٢) تحقيق عبد الغني عبد الخالق، عالم الكتب.

١٨٠ -منهاج الطالبين مع شرح مغني المحتاج، لمحي الدين النووي الشافعي (٦٧٦)، دار الفكر، بيروت.

١٨١ -المهذب، لأبي إسحاق إبراهيم الشيرازي الشافعي (٤٧٦)، مع المجموع، دار الفكر، بيروت.

١٨٢ -مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لمحمد الحطاب المالكي (٩٥٤)، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ، ط ٢.

١٨٣ -الموسوعة الحديثية، مسند الإمام أحمد بن حنبل (٢٤١) المشرف على إصدار هذه الموسوعة د. عبد الله التركي، شارك في التحقيق عدد من العلماء، ط ١، ١٤١٤هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت.

١٨٤ -الموطأ، للإمام مالك (١٧٩)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي، القاهرة، ١٣٧٠هـ).

١٨٥ -نزهة الخاطر شرح روضة الناظر، لعبد القادر بن بدران (١٢٤٦)، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة.

١٨٦ -نصب الراية لأحاديث الهداية، للحافظ عبد الله الزيلعي الحنفي (٧٦٢)، ط ٢، إدارة المجلس العلمي.

١٨٧ -النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب، للإمام بطال الركبي (٦٣٣) تحقيق د. مصطفى سالم، المكتبة التجارية، مكة، ١٤١١هـ.

١٨٨ -نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد الرملي الشافعي الصغير (١٠٠٤)، إحياء التراث العربي، بيروت.

١٨٩ -نهاية المطلب في دراية المذهب، لإمام الحرمين الجويني (٤٧٨هـ)، المكتبة: أحمد الثالث - تركيا رقم المخطوط (١٣٠) نسخة (و) الجزء (٢٥، ٢٦، ٢٧) مجلد ٢.

١٩٠ -نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لمحمد الشوكاني (١٢٥٥)، توزيع دار الفكر، بيروت.

١٩١ -الهداية شرح بداية المنتدى، لشيخ الإسلام برهان الدين على المرغناني الحنفي (٥٩٣)، المكتبة الإسلامية.

١٩٢ -هدية العارفين شرح أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، لإسماعيل باشا البغدادي، طبعة مكتبة المثنى ببغداد، مصورة عن طبعة استانبول، سنة ١٩٥٥م.

١٩٣ -الوجيز بشرح العزيز، لأبي حامد محمد الغـزالي الشـافعي (٥٠٥)، دار المعرفـة، بيروت، ١٣٩٩هـ.
١٩٤ -الوسيط في المذهب، لأبـي حـامد محمـد الغزالي الشـافعي (٥٠٥)، تحقيـق أحمـد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، ط ١، ١٤١٧هـ، دار السلام، شارع الأزهر.

فهرس الموضوعات بالتفصيل

أصول مأثورة وفروع منثورة

الفصل الثاني: في الفروع المنثورة

كتاب النذور

الفصل الرابع: في فروع منثورة في النذور

أنواع الملتزمات

الباب الرابع: القسمة

كتاب الشهادات. وفيه ستة أبواب

حكم الحياكة

كتاب الدعاوى والبينات